Die Nichtbeachtung der Ehehindernisse des Ehebruchs ausländischer Rechte nach deutschem IPR mit Rücksicht auf die Unanwendbarkeit fremden Strafrechts

---

von

Norbert Hoerster

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547227_0038

Die Nichtbeachtung der Ehehindernisse des Ehebruchs ausländischer Rechte nach deutschem IPR mit Rücksicht auf die Unanwendbarkeit fremden Strafrechts

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

Norbert Hoerster

aus Lingen/Ems

1. Berichterstatter:

Prof. Dr. Karl Arndt

2. Berichterstatter:

Prof. Dr. Wolfgang Fikentscher

Dekan:

Prof. Dr. Wolfgang Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Juni 1964

I n h a l t

Einleitung

Zur praktischen Bedeutung der Fragestellung 1

Hauptteil

Erster Teil:

Enthält das deutsche IPR einen Satz, der die Anwendung ausländischer "Strafnormen" untersagt? 9

I. Zum Begriff der Strafnorm 9

II. Die Frage der Anwendbarkeit ausländischer Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters in der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre seit Geltung des EGBGB 11

1) Rechtsprechung 12

2) Rechtslehre 29

a) Gesamtdarstellungen und Kommentare des IPR 29

b) Sonstige Literatur 34

3) Zusammenfassung 39

III. Die Frage der Anwendbarkeit ausländischer Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters in der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre vor Geltung des EGBGB 41

1) Rechtsprechung 42

2) Rechtslehre 44

3) Zusammenfassung 51

IV. Der Satz von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts 53

V. Der Satz von der Nichtanwendung fremden Strafrechts und sein sachlicher Geltungsbereich 54

VI. Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Satz von der Nichtanwendung fremden Strafrechts und den selbständigen Kollisionsnormen des IPR 65

Zweiter Teil:

Tragen die Ehehindernisse des Ehebruchs der gegenwärtigen Rechte Strafcharakter? 68

I. Zusammenstellung der gegenwärtigen Ehehindernisse des Ehebruchs 68

1) Ehebruchshindernisse mit relativer Wirkung 69

2) Ehebruchshindernisse mit absoluter Wirkung 76

II. Der Strafcharakter der vorgefundenen Ehehindernisse des Ehebruchs 80

1) Der Strafcharakter des deutschen Ehebruchshindernisses in der Literatur 82

2) Historische Formen des Ehebruchshindernisses als Indiz für seinen Strafcharakter 90

a) Im römischen Recht 91
b) Im kanonischen Recht 95
c) In der nachreformatorischen Rechtsentwicklung 99

3) Der Strafcharakter der geltenden Ehebruchshindernisse auf Grund der historischen Befunde 100

Dritter Teil:

Ergebnis und Seitenblicke 103

I. Die Konsequenzen der strafrechtlich bedingten Abweisung ausländischer Ehebruchshindernisse 103

1) Die Nichtbeachtung ausländischer Ehebruchshindernisse durch den deutschen Standesbeamten 103

2) Die Nichtbeachtung ausländischer Ehebruchshindernisse durch den deutschen Richter 103

3) Die Erweiterung des Geltungsbereichs des deutschen Ehebruchshindernisses gemäß dem Territorialprinzip 104

II. Die Abweisung fremder Ehebruchshindernisse als Strafrecht im anglo-amerikanischen Recht 106

III. Das Ehebruchshindernis und das Haager Eheschliessungsabkommen 110

IV. Zum Problem der Zweiseitigkeit des Ehebruchshindernisses 113

V. Zur rechtspolitischen Berechtigung des Ehebruchshindernisses 116

S c h r i f t t u m

Achilles-Greiff	Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl., Berlin 1958
American Jurisprudence	Volume 35, San Francisco, California-Rochester, New York 1941
Anz	Eheschließung, Ehenichtigkeit und Eheaufhebung nach dem Gesetz vom 6. Juli 1938, JW 1938, 2069-2080
Asser-Wiarda	Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Eerste Deel - Personenrecht, Eerste Stuk, Zwolle 1957
Bachof	Besprechung von v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, FamRZ 1958, 343-345
von Bar	Das Internationale Privat- und Strafrecht, Hannover 1862
von Bar	Lehrbuch des Internationalen Privat- und Strafrechts, Stuttgart 1892
von Bar	Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts, 2 Bände, 2. Aufl., Hannover 1889
Baumann	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Bielefeld 1961
Beitzke	Familienrecht, 11. Aufl., München-Berlin 1963
Beling	Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
Bergenroth	Zweifelsfragen des neuen Eherechts, JW 1938, 2706-2709
Bergmann	Die Befreiung von dem Ehehindernis des § 1312 BGB, StAZ 1925, 103-104
Bergmann	Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt/M., Bd.I 1952, Bd.II 1955, Bd.III 1957
Boehmer	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950
Cheshire	Private International Law, Sixth Edition, Oxford 1961

David	Befreiung von dem Ehehindernis des § 1312 BGB, StAZ 1925, 81-82
Dicey-Morris	Conflict of Laws, Seventh Edition, London 1958
Dölle	Der Ordre Public im Internationalen Privatrecht: Beiträge zum Bürgerlichen Recht, Berlin-Tübingen 1950, 89-107
Ehrenzweig	A Treatise on the Conflict of Laws, St. Paul 1962
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd.II, Münster 1962; 2. Aufl. Münster 1958; 1. Aufl. Münster 1952
Fikentscher	Les rapports du droit privé et de son histoire, Estratto dagli Studi in memoria di Lorenzo Mossa, Padova 1960
Frankenstein	Internationales Privatrecht, Berlin: Bd.I 1926, Bd.II 1929, Bd.III 1934, Bd.IV 1935
Freisen	Geschichte des Canonischen Eherechts, Paderborn 1893
Gamillscheg	Besprechung von Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.I und III, RabelsZ 25 (1960), 725-728
Großfeld	Die Privatstrafe, Frankfurt/M - Berlin 1961
Guggumos	Die Befreiung vom Eheverbot wegen Ehebruchs, NJW 1953, 1539-1540
Gutzwiller	Internationalprivatrecht: Stammler, Das Gesamte Deutsche Recht I, Berlin 1930, 1515-1684
Hegel	Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Aufl., Hamburg 1955
Hegler	Prinzipien des Internationalen Strafrechts, Breslau 1906
Heiz	Das fremde öffentliche Recht im Internationalen Kollisionsrecht, Zürich 1959

Herrmann	Über den Ehebruch als Ehehinderniß, besonders nach evangelischem Kirchenrecht, Jahrbücher für Deutsche Theologie, Gotha 1860, 254-313
H.N.	Besprechung von Römer, Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht sowie Wichser, Der Begriff des wohlerworbenen Rechts im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 21 (1956), 725-731
Holleaux	Ehescheidung und Ehetrennung (Wirkungen): Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, Tübingen-Paris 1955, 195-212
Jescheck	Zur Reform der Vorschriften des StGB über das Internationale Strafrecht, IntRDipl 1 (1956), 75-95
Kahn	Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Bd.II, München-Leipzig 1928
Kallmann	Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946
Kaser	Das Römische Privatrecht, Bd.I , München 1955 Bd.II, München 1959
Katholnigg	Der Einfluß des Art.6 Abs.1 GG auf die Eheverbote wegen Schwägerschaft, Geschlechtsgemeinschaft und Ehebruchs, FamRZ 1964, 123-125
Kegel	Internationales Privatrecht, München-Berlin 1960
Kessler	Uniform State Laws in den Vereinigten Staaten, Das Recht der Eheschließung, RabelsZ 1 (1927), 816-866
Kiesling	Der Ehebruch als Ehehindernis, Greiz 1914
Kimmig	Der Ehebruch als Ehehindernis, JW 1913, 73-75
Kipp-Coing	Erbrecht, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960
Klein	Die Europäische Menschenrechts-Konvention und Artikel 25 des Bonner Grundgesetzes, Festschrift für Rudolf Laun, Göttingen 1962, 149-177

Kohler	Internationales Strafrecht, Stuttgart 1917
Krieg	Das Ehehindernis des Ehebruchs, insbesondere im Internationalen Privatrecht, DJZ 1914, 857-861
Lauterbach	Eingehung der Ehe: Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, Tübingen-Paris 1955, 22-36
Leflar	Extrastate enforcement of penal and governmental claims, Harvard Law Review 46 (1932), 193-225
Lehmann	Deutsches Familienrecht, 3. Aufl., Berlin 1960
Leipziger Kommentar	Zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., Bd.I, Berlin 1957
Leske-Loewenfeld	Rechtsverfolgung im Internationalen Verkehr, 2. Aufl., Bd.IV, 1. Teil, Berlin 1932
Lewald	Das deutsche Internationale Privatrecht, 2 Bände, Leipzig 1930 bzw. 1931
Lüke	Die Eheverbote wegen Schwägerschaft und Ehebruchs, NJW 1962, 2177-2181
v. Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Bd.I, 2.Aufl., Berlin-Frankfurt/M 1957
Mann, F.A.	Öffentlich-rechtliche Ansprüche im Internationalen Rechtsverkehr, RabelsZ 21 (1956), 1-20
Mann, Michael	Foreign Penal Laws and the English Conflict of Laws, The Grotius Society, Transactions for the year 1956, London 1957, vol. 42, 133-146
Maßfeller	Ehescheidung und Ehetrennung (Wirkungen) Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, Tübingen-Paris 1955, 212-226
Maunz	Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie (Art. 6 GG), FamRZ 1956, 1-3
Maurach	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1958
Mayer	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Köln 1953

Mayer-Maly	Impedimentum criminis und römisches Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kan. Abt. 73 (1956), 382-388
Meili-Mamelock	Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konventionen, Zürich 1911
Melchior	Die Grundlagen des deutschen Internationalen Privatrechts, Berlin-Leipzig 1932
Mirguet	Die Scheidung bei Ehebruch und die Heirat der Ehebrecher. Zur Ehelichkeitserklärung von Ehebruchskindern: Internationales und ausländisches Personenrecht, 6. und 7. Bericht der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Personenstands- und Sippenwesen und der Internationalen Vereinigung der Beamten des Zivilstandsdienstes, Berlin 1938, 339-348
Mommsen	Römisches Strafrecht, Leipzig 1899
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, IV. Band, Familienrecht, Berlin-Leipzig 1888
Müller-Freienfels	Ehe und Recht, Tübingen 1962
Mugdan	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Band, Familienrecht, Berlin 1899
Neumayer	Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit, RabelsZ 20 (1955), 66-85
Neumeyer	Internationales Verwaltungsrecht, Bd.IV, Zürich-Leipzig 1936
Neumeyer	Die verbotene Handlung im Internationalen Strafrecht, ZStW 23 (1903), 436-458
Neumeyer	Die zuständigen Strafmittel im Internationalen Strafrecht, ZStW 27 (1907), 1-51
Niemeyer	Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des Internationalen Privatrechts, Leipzig 1895

Niemeyer	Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ("Die Gebhardschen Materialien"), München-Leipzig 1915
Nußbaum	Deutsches Internationales Privatrecht, Tübingen 1932
Nußbaum	Grundzüge des Internationalen Privatrechts, München-Berlin 1952
Nußbaum	Principles of private international law, New York 1943
de Page	Traité Elémentaire de Droit Civil Belge, Deuxième Edition, Tome Premier, Bruxelles 1948
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Aufl., München-Berlin 1964
Peters	Dürfen deutsche Gerichte von der Strafwartefrist des Art.150 Schweizer ZGB befreien?, StAZ 1960,130
Raape	Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Berlin-Frankfurt 1961
Raape	Staatsangehörigkeitsprinzip und Scheidungsakt sowie Internationale Zuständigkeit in Scheidungsprozessen, Berlin 1943
Rabel	The Conflict of Laws, Vol.I, Second Edition, Ann Arbor 1958
Ramm	Eheverbot und Ehenichtigkeit, JZ 1963, 47-53
Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes,	herausgegeben von Schlegelberger, Bd.V, Berlin 1936
Reu	Die staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht, Marburg 1938
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, IV.Bd., 3. Teil, 10. und 11. Aufl., Berlin 1962
Riezler	Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin-Tübingen 1949

Sack	Das Ehehindernis des Ehebruchs, Borna-Leipzig 1904
Sasse	Zur Lehre vom Ehehindernisse des Ehebruchs gemäß § 1312 BGB, Gruchot 71 (1931), 208-234
von Savigny	System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII, Berlin 1849
Scherer	Handbuch des Kirchenrechts, Bd.II, Graz-Leipzig 1898
Schmidt-Leichner	Das Eheverbot des Ehebruchs, seine Voraussetzungen und das Befreiungsverfahren, DGWR 1940, 258-261
Schnitzer	Handbuch des Internationalen Privatrechts, 2 Bände, 4. Aufl., Basel 1957 bzw. 1958
Schönke	Gegenwartsfragen des Internationalen Strafrechts: Festschrift für Edmund Mezger, München-Berlin 1954, 105-116
Schreiber	Der Ehebruch als Ehehinderungs- und Ehescheidungsgrund, Leipzig 1905
Schulte	Handbuch des Katholischen Eherechts, Gießen 1855
Schuster	Die Vorbehaltsklausel bei der Scheidung von Ausländern in Deutschland, RabelsZ 6 (1932), 517-530
Schwarz	Ehebruch und Bigamie nach kanonischem Recht bis zum Erlaß des Codex, Zirndorf 1928
Soelling	Das Ehebruchshindernis des Art. 89 Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs trifft nur den geschiedenen Gatten, nicht den Teilnahmer am Ehebruch, StAZ 1927, 136-137
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.V, 9.Aufl., Stuttgart 1961
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd.VI, 2. Teil, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1931
Stocquart	Le mariage en droit ecossais, Journal du Droit International Privé (Clunet) 29 (1902), 746-759

Stree	Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960
Süß	Die Anerkennung ausländischer Urteile, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München-Berlin 1949, 229-271
Triebs	Die Lex Julia de adulteriis coercendis, Breslau 1910
Völlmar	Nederlands Burgerlijk Recht, Eerste Deel, Tweede Druk, Zwolle 1951
Vogel	Das Ehehindernis des Ehebruchs, Wertheim 1928
Volkmar, Antoni, Ficker, Rexroth, Anz	Großdeutsches Eherecht, München-Berlin 1939
Welzel	Das deutsche Strafrecht, 8. Aufl., Berlin 1963
Wengler	Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd.I, Karlsruhe 1960, 239-304
Wengler	Über die Maxime von der Unanwendbarkeit ausländischer politischer Gesetze, IntRDipl 1 (1956), 191-206
Windscheid	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt 1906
Wolff, Hans Julius	Verwaltungsrecht, Bd.I, 5. Aufl., München-Berlin 1963
Wolff, Martin	Familienrecht, 7. Aufl., Marburg 1931
Wolff, Martin	Internationales Privatrecht, Berlin 1933
Wolff, Martin	Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
Wolff, Martin	Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954
Wolff, Martin	Private International Law, Second Edition, Oxford 1950
Zitelmann	Internationales Privatrecht, Bd.I, Leipzig 1897, Bd.II München-Leipzig 1912

Zweigert — Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949), 5-21

Zweigert — Zur neueren Entwicklung des Internationalen Privatrechts, Juristen Jahrbuch 1960, Bd.I, Köln-Marienburg 1960, 139-149

A b k ü r z u n g e n

A.	Atlantic Reporter
Abt.	Abteilung
AG	Amtsgericht
Am.Rep.	American Reports
ALR	Allgemeines Landrecht
BadRpr.	Badische Rechtspraxis
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
C.	Causa
c.	canon
CCB	Code Civil Belge
Conc.	Concilium
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht, Wochenausgabe, vereinigt mit JW
DVO	Durchführungsverordnung
FamRZ	Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht
Gruchot	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IntRDipl	Internationales Recht und Diplomatie
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
JW	Juristische Wochenschrift
kan.	kanonistisch
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
NAG	Bundesgesetz, betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (Schweiz)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov.	Novellen
N.Y.	New York Reports
N.Y. Suppl.2d	New York Supplement, Second Series

OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
P.D.	Probate Division, English Law Reports
qu.	quaestio
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
StAZ	Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen
vol.	volume
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Zur praktischen Bedeutung der Fragestellung

In den Jahren 1952 - 1959 hatte eine Anzahl von Gerichten verschiedener Instanzen die Frage zu entscheiden, ob die Vorschrift eines analog Art. 22 I EGBGB anwendbaren fremden Rechtes, welche die Legitimation eines im Ehebruch erzeugten Kindes durch die nachfolgende Eheschließung der Eltern verbietet, im jeweiligen Falle mit dem deutschen ordre public (Art. 30 EGBGB) vereinbar war. Es handelt sich um die folgenden Beschlüsse:

a) AG Binden IPRspr. 1952/1953 Nr.195 = RabelsZ 20,340
b) LG Karlsruhe IPRspr. 1952/1953 Nr.195 a
c) LG Frankfurt IPRspr. 1952/1953 Nr.7 = RabelsZ 20,341 = StAZ 1954,156
d) LG Hannover IPRspr. 1954/1955 Nr.106 a = StAZ 1955,289
e) OLG Celle IPRspr. 1954/1955 Nr.106 b = RabelsZ 20,342 = StAZ 1955,289 = NJW 1954,1891
f) LG Frankfurt IPRspr. 1954/1955 Nr.114 = NJW 1955,1595
g) AG Worms IPRspr. 1954/1955 Nr.115
h) OLG Frankfurt IPRspr. 1956/1957 Nr.5 = StAZ 1956,241 = NJW 1956,672
i) AG Düren StAZ 1960,210

In fünf Fällen (a,b,c,f,g,h; den Entscheidungen f) und h) lag derselbe Sachverhalt zugrunde[1]) war das Legitimationsstatut niederländisches Recht, das nach Art. 327,335 BW die Legitimation von Ehebruchskindern nicht zuläßt, in einem Fall (d,e; die beiden Entscheidungen behandeln denselben Sachverhalt) englisches Recht, das in Sec. 1 II des Legitimacy Act vom 15.12.1926 das nämliche Verbot enthielt[2]), sowie in einem Fall (i) belgisches Recht, dessen Art. 331,335 CCB eine entsprechende Regelung treffen.

1) Unrichtig der Redaktionshinweis in StAZ 1956,241 Anm.1, der die unter c) und f) genannten Beschlüsse des LG Frankfurt verwechselt.
2) Inzwischen ist diese Bestimmung durch Sec. 1 I des Legitimacy Act vom 29.7.1959 aufgehoben worden.

Der auf dem Sektor der Eherechtsvergleichung nicht gänzlich unbewanderte Leser dieser genannten Entscheidungen dem bekannt ist, daß sich das in § 6 EheG ausgesprochene Ehehindernis des Ehebruchs auch in einer beträchtlichen Zahl fremder Rechte findet, mochte bereits dort, wo der jeweilige Sachverhalt die erfolgte Eheschließung erwähnt, innehalten und sich fragen, ob nicht auch das niederländische, das englische bzw. das belgische Recht dieses Eheverbot - vielleicht ohne die in § 6 II EheG vorgesehene Möglichkeit der Befreiung - kennen, ob also der betreffende Standesbeamte die Nupturienten überhaupt hätte trauen dürfen.

In fünf der sieben Fälle[1] - allein die Entscheidungen a) und g) schweigen insoweit - ergibt der mitgeteilte Sachverhalt, daß die jeweilige Ehe in Deutschland geschlossen worden war; der deutsche Standesbeamte hatte also bei der Eheschließung gemäß Art. 13 EGBGB die Ehevoraussetzungen und damit die Ehehindernisse der Heimatrechte beider Nupturienten, des jeweils ausländischen Mannes sowie der deutschen Frau, zu beachten.

Sollte die Eheschließung in den Fällen a) und g) in den Niederlanden erfolgt sein, wo ein Art. 13 EGBGB entsprechender Satz dem Gewohnheitsrecht zu entnehmen ist[2], so gilt das Gleiche für den dortigen Standesbeamten.

Gibt es also im englischen, niederländischen und belgischen Recht das Ehehindernis des Ehebruchs?

Das englische Recht sieht ein solches Ehehindernis nicht vor[3]. Der Eheschließung im Fall d),e) stand demnach -

1) Im Fall i) zwar nicht zweifelsfrei, aber offensichtlich.
2) Bzw. einer Analogie zu Art.6 des wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koningrijk vom 15.5.1829 in der Fassung vom 16.4.1917; vgl. Bergmann, Niederlande III A 2, S.5
3) Vgl. Bergmann, Großbritannien III B I 1 b 6, S.17. - Die der Scheidung des verheirateten Teils nachfolgende Ehe der Ehebruchspartner erscheint, wie Stocquart (Clunet 29, 759) mitteilt (vgl. auch Kimmig JW 1913,75), dem englischen Volk geradezu sittlich geboten. In diesem Umstand mag die Erklärung dafür liegen, daß das englische Recht zwar die Legitimation von Ehebruchskindern verbot (vgl. S.2 Anm.2), aber das Ehehindernis des Ehebruchs, das einfachste Mittel, um in den Regelfällen (ihre Häufigkeit hängt von der näheren Ausgestaltung der neben dem Ehebruch als solchem erforderlichen Voraussetzungen des Ehehindernisses ab) eine Legitimation durch nachfolgende Eheschließung von vornherein auszuschließen, nicht kennt.

vorausgesetzt, daß der von den Nupturienten begangene Ehebruch in dem (englischen?) Scheidungsurteil[1] des Mannes als Grund der Scheidung festgestellt war - nur das Hindernis des § 6 EheG im Wege[2]. Ob die nach § 6 II EheG zur Eheschließung erforderliche Befreiung erteilt war, läßt sich aus dem Sachverhalt nicht entnehmen. Die Ausgangsfrage, ob der Standesbeamte die Verlobten trauen durfte, muß im Fall d),e) daher offenbleiben.

In der Mehrzahl der übrigen Fälle war das Personalstatut des Mannes - für die deutsche Frau gelten die oben zu § 6 EheG gemachten Ausführungen - niederländisches Recht. Art. 89 BW verbietet dem durch Gerichtsurteil des Ehebruchs Überführten die Ehe mit dem Mitschuldigen.

Im Falle f),h) wurde die Ehe der (deutschen) Frau gebrochen. Der (niederländische) Mann war ledig. Die Anwendung des Art. 89 BW hing also, wieder unter der Voraussetzung der Feststellung des Ehebruchs in einem Urteil[3], davon ab, ob Art. 89 BW als ein- oder zweiseitiges Ehehindernis anzusehen war. Diese Frage ist, da es sich um die Interpretation niederländischen Rechts handelt, nach niederländischer Rechtsauffassung zu beurteilen[4]. In der dortigen Rechtsprechung und Lehre haben beide möglichen Ansichten Anhänger gefunden, ohne daß sich offenbar eine herrschende Meinung ausmachen ließe[5]. Daß unter diesen Umständen der deutsche Richter und Standes-

---

1) Unter § 6 EheG fallen auch ausländische Urteile (Hefermehl bei Erman Bem. 2 zu § 6 EheG; früher ausdrücklich § 5 II der 1. DVO zum EheG; vgl. aber auch die ablehnende, sehr sorgfältig begründete Stellungnahme Sasses, Gruchot 71, 221 ff.)

2) Da dieses Ehehindernis nach heute einhelliger Ansicht (statt aller Marquordt bei Erman Bem.5 b zu Art.13 EGBGB) zu den zweiseitigen Ehehindernissen zählt, war § 6 EheG anzuwenden, obschon nur der ausländische Nupturient verheiratet und sodann geschieden war.

3) Anders als § 6 EheG läßt Art.89 BW jedes Urteil, sei es zivil- oder strafrechtlicher Natur, genügen. Insbesondere ist, wenn es sich um ein Scheidungsurteil handelt, nicht erforderlich, daß der Ehebruch Grund der Scheidung war.- Auch ein ausländisches Urteil fällt unter Art.89 BW (vgl. auch S.3 Anm.1).
Vgl. zu diesen in der niederländischen Literatur unstreitigen Auslegungsfragen Asser-Wiarda 68 f.

4) Vgl. Kegel bei Soergel Randbem. 97 vor Art.7 und Kegel 164

5) Vgl. Bergmann, Niederlande III B, S.8 b Fußnote 4

beamte geneigt sein wird, die Auslegung des Art.89 BW der des § 6 EheG anzupassen, in Art.89 BW also ein zweiseitiges Ehehindernis zu sehen[1], liegt nahe. So wird man dem OLG Frankfurt[2] zustimmen können, wenn es in seiner Entscheidung des Falles f),h)[3], ohne allerdings das Problem der Zweiseitigkeit des niederländischen Ehehindernisses zu berühren, obiter ausspricht, die Eheschließung hätte unterbleiben müssen[4].

In den Fällen a),b),c)[5] war der n i e d e r l ä n d i s c h e Verlobte im Zeitpunkt des Geschlechtsverkehrs verheiratet gewesen. Art.89 BW war also jedenfalls bei der Prüfung der Ehevoraussetzungen seitens des Standesbeamten heranzuziehen. Die genannten Entscheidungen lassen indessen die naheliegende Frage, ob der Standesbeamte die Nupturienten hätte trauen dürfen, unberührt. Zwei Erklärungen für die tatsächlich erfolgte Eheschließung bieten sich an.

Zum einen ist es möglich, daß die deutsche Mitschuldige in den (vermutlich niederländischen) Scheidungsurteilen - sonstige Urteile als Beweis des Ehebruchs kommen hier offenbar nicht in Betracht[6] - nicht genannt ist[7]. Diese Möglichkeit erscheint umso naheliegender, als das niederländische Recht eine § 624 ZPO entsprechende Bestimmung nicht kennt, sich in den Niederlanden vielmehr die Praxis entwickelt hat, daß der dortige Richter den Namen des Mitschuldigen in das

---

1) Siehe S.3 Anm.2
2) Ihm folgt Kegel 241; vgl. auch Kegel bei Soergel Randbem. 26 zu Art.13 Fußnote 32
3) IPRspr. 1956/1957 Nr.5 S.14
4) Daß der zuständige Standesbeamte die Trauung trotzdem vornahm, erklärt das OLG (a.a.O.) mit dem Hinweis, das den Ehebruch beweisende Urteil (es handelt sich um das Urteil, welches die Unehelichkeit des Ehebruchskindes feststellte) sei jenem nicht bekannt gewesen. Das LG Frankfurt als Vorinstanz dagegen meint (IPRspr. 1954/1955 Nr.114 S.332), ein solches Urteil habe gar nicht vorgelegen, der Standesbeamte habe also trauen dürfen.
5) Im Falle g) sagt der Sachverhalt hierüber nichts.
6) Vgl. S.3 Anm.3
7) Dieses Erfordernis besteht bei Art.89 BW wie auch bei § 6 EheG. Denn beide Ehehindernisse wirken nicht absolut: Sie untersagen dem geschiedenen Ehebrecher nur die Wiederverheiratung mit dem Mitschuldigen; sie liegen also nur vor, wenn "dieser Ehebruch" gerichtlich nachgewiesen ist.

Scheidungsurteil nicht aufnimmt[1]. Unter diesen Voraussetzungen hätte der Standesbeamte mit Recht die Trauung vorgenommen.

Zum anderen besteht die Möglichkeit, daß zwar ein den Anforderungen des Art.89 BW genügendes Scheidungsurteil vorlag, daß dieses dem trauenden Standesbeamten aber nicht bekannt war. Dann hätte er - jedenfalls objektiv betrachtet - die Trauung verweigern müssen[2].

Im Falle i) schließlich richteten sich die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung auf seiten des Mannes - dieser war geschieden - nach belgischem Recht. Nach Art.298 I CCB können im Falle der Ehescheidung wegen Ehebruchs der schuldige Ehegatte und sein Mitschuldiger erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Scheidung einander heiraten. Die dreijährige Frist war hier noch nicht abgelaufen. Daß das belgische Scheidungsurteil wegen Ehebruchs der Nupturienten erfolgte und die Identität der mitschuldigen Frau sich aus den Prozeßakten ergab[3], erscheint zwar wahrscheinlich, aber nicht gewiß. Auch hier ist die Frage nach der Befugnis des Standesbeamten zur Vornahme der Trauung daher nicht mit Sicherheit zu beantworten[4].

---

1) Asser-Wiarda 68, Völlmar 105 f.; vgl. auch Arndt bei Erman Bem.6 a zu Art.30. Daß durch diese Handhabung Art.89 BW im Regelfall eines niederländischen Urteils jede praktische Bedeutung verlieren muß, liegt auf der Hand. Ob die niederländische Praxis, die dieses Ergebnis durch die oben beschriebene prozessuale Gepflogenheit offensichtlich mit Absicht verfolgt, ihr Ziel, Art.89 BW zu "umgehen", auch im Falle eines ausländischen, den Anforderungen der Vorschrift genügenden Urteils durchsetzen würde, und ob die deutsche Praxis im gleichen Falle die Anwendung des Art. 89 BW etwa mit der Begründung ablehnen könnte, die Vorschrift sei nicht mehr als lebendes Recht anzusehen, sind offene Fragen. - Arndt (bei Erman Bem.6 a zu Art.30) scheint die letztere Frage bejahen zu wollen. Vgl. auch die Bemerkung Kegels (355) im Rahmen seiner Darstellung des internationalen Enteignungsrechts.

2) Die entgegen dem Ehebruchshindernis geschlossenen Ehen wären bis zur Nichtigerklärung durch richterliches Urteil als bestehend anzusehen; vgl. Art.140,145 BW.

3) Sie braucht nicht aus dem Scheidungsurteil allein hervorzugehen, vgl. de Page Nr.611

4) Sollte das Ehebruchshindernis vorgelegen haben, so läßt dieses die Gültigkeit der trotzdem geschlossenen Ehe unberührt: Es wirkt im belgischen Recht nur aufschiebend, nicht trennend (siehe de Page Nr.610, Nr.648).

Zusammenfassend läßt sich aufgrund der bisherigen Erörterungen sagen, daß die Ausgangsfrage nach der Befugnis des jeweiligen Standesbeamten zur Vornahme der Trauung in den Fällen a) - i) nicht einheitlich und für die Mehrzahl der Fälle nur hypothetisch beantwortet werden kann.

Zu untersuchen bliebe jedoch in den Fällen niederländischen und belgischen Eheschließungsstatuts noch die Frage, ob Art.89 BW bzw. Art.298 I CCB nicht die Anwendung unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen den deutschen ordre public zu versagen wäre.

Die Frage nach der Vereinbarkeit eines ausländischen Gesetzes mit dem deutschen ordre public läßt sich grundsätzlich nicht in abstracto entscheiden; nach der Fassung des Art.30 EGBGB kommt es vielmehr auf das Ergebnis der Anwendung des betreffenden Gesetzes im jeweiligen konkreten Fall an. - Immerhin könnte man meinen, daß einer Anwendung von Art.89 BW bzw. Art.298 I CCB schon deshalb in keinem denkbaren Falle der ordre public entgegenstehen könne, weil das deutsche Recht selbst in § 6 EheG das nämliche Ehehindernis aufstellt.[1] Hierbei bliebe jedoch unberücksichtigt, daß § 6 EheG im Gegensatz zu Art.89 BW und Art.298 I CCB die Möglichkeit der Befreiung vorsieht[2], und zwar als den Regelfall[3], im Ergeb-

1) So Raape, Scheidungsakt 100 für Art.150 ZGB; a.M. KG JW 38,2750; vgl. auch Arndt bei Erman Bem.6 a zu Art.30. - Die neueren Lehrbücher und Kommentare zum deutschen IPR lassen bei der Diskussion solcher Ehehindernisse, die eines Widerspruchs zum ordre public verdächtig sind, im Rahmen der Erläuterungen zu Art.13 EGBGB wie auch zu Art.30 EGBGB das Ehebruchshindernis fremder Rechte unerwähnt, scheinen also einen solchen Widerspruch von vornherein für ausgeschlossen zu halten.
Zu der Frage, ob es möglich ist, daß ein ausländisches Gesetz seinem Inhalt nach zwar einwandfrei ist, gleichwohl aber seine Anwendung im gegebenen Fall durch Art.30 EGBGB verhindert wird, siehe Kegel bei Soergel Randbem.4 zu Art.30 sowie Raape, IPR 94 f.

2) Das belgische Recht kennt allerdings die - ursprüngliche wie auch nachträgliche - Abkürzung der gesetzlich vorgesehenen Verbotsfrist durch den Richter (Art.298 II bzw. III CCB).

3) § 6 II EheG; vgl. auch § 6 der 1. DVO zum EheG.

nis also die Eheschließung der Ehebruchspartner in der Regel gestattet. Aus diesem Grunde dürfte es angesichts der entscheidenden Auswirkung dieses Unterschiedes gerade auf den konkreten Fall nicht richtig sein, die Möglichkeit des Eingreifens von Art.30 EGBGB gegenüber Art.89 BW bzw. Art. 298 I CCB[1] unter dem Gesichtspunkt eines entsprechenden Ehehindernisses im deutschen Recht a priori zu verneinen[2]; man wird sich vielmehr, dem Gebot des Art.30 EGBGB folgend, auf eine sorgfältige Prüfung jedes Einzelfalles (Maß der Inlandsberührung!) einlassen müssen. Auf eine solche Untersuchung der vorliegenden Fälle soll hier verzichtet werden.

Damit scheint die Ausgangsfrage dieser Einleitung wenn schon nicht beantwortet, so doch unter allen möglichen Gesichtspunkten erörtert zu sein. Daß sie es indessen nicht ist, zeigt ein Blick in die Erläuterungen von A r n d t zu Art.30 EGBGB[3].

A r n d t widmet hier dem ausländischen Ehehindernis des Ehebruchs unter der Überschrift "Das Ehehindernis des Ehebruchs als nicht anzuwendende ausländische Strafnorm?" einen eigenen ausführlichen Abschnitt, in dem er sich nach einem rechtsvergleichenden Rundblick unter Hinweis auf die sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen des Ehehindernisses mit dieser erstmalig in einer so allgemeinen Zielrichtung[4] gestellten Frage auseinandersetzt und die Ansicht vertritt, dieses Ehehindernis sei wegen seines pönalen Charakters außerhalb des Landes, in dem es erlassen wurde, unbeachtlich.

Müßte man dieser Ansicht folgen, so hätten in den hier zur Diskussion stehenden Fällen die Standesbeamten mit Recht ohne Rücksicht auf Art.89 BW bzw. Art.298 I CCB die Trauung vorgenommen[5]. Es wäre überdies systematisch verfehlt, diese

1) Das Gleiche gilt auch für die entsprechenden Vorschriften anderer Rechte.
2) Dazu, daß ein ausländisches Gesetz selbst dann dem inländischen ordre public widersprechen kann, wenn die inländische Rechtsordnung eine Vorschrift gleichen Inhalts kennt, vgl. Nußbaum, Grundzüge 114.
3) Bei Erman Bem.6 a
4) Nämlich für das ausländische Ehehindernis des Ehebruchs aller Schattierungen.
5) Außer in den Fällen a) und g),sofern es sich um einen niederländischen Standesbeamten gehandelt haben sollte (vgl. S.2)

Vorschriften noch an Art.30 EGBGB zu messen, da es schon an einer kollisionsrechtlichen Verweisung auf sie fehlte[1].

Damit sei die Erörterung unserer aus der Rechtsprechung entnommenen Fälle abgeschlossen. Sie sollte auf induktivem Wege an das Thema dieser Abhandlung heranführen und gleichzeitig die praktische Bedeutung des Problems andeutungsweise aufzeigen.

---

1) Arndt bei Erman Bem.6 a a.E. zu Art.30

H a u p t t e i l

Das Problem der Anwendbarkeit der Ehehindernisse des Ehebruchs fremder Rechte als ausländischer Strafnormen nach deutschem IPR zerfällt in zwei gleichermaßen klärungsbedürftige Fragen:

1) Enthält das deutsche IPR einen Satz, der die Anwendung ausländischer "Strafnormen" untersagt?

2) Sind die verschieden ausgestalteten[1] Ehehindernisse des Ehebruchs der gegenwärtig geltenden Rechte als solche "Strafnormen" anzusehen?

E r s t e r T e i l

Enthält das deutsche IPR einen Satz, der die Anwendung ausländischer "Strafnormen" untersagt?

I. Zum Begriff der Strafnorm

Ohne eine Erläuterung der hier gemeinten Bedeutung von "Strafnorm" mag schon die Fragestellung unverständlich erscheinen: Das IPR ist definiert als die Summe der Rechtssätze, die bestimmen, welchen Staates P r i v a t r e c h t anzuwenden ist[2]. Die Anwendung fremder Strafgesetze dagegen richtet sich nach den Regeln des internationalen Strafrechts[3] und ist nach deutschem internationalem Strafrecht ohne Zweifel ausgeschlossen[4]. Dabei ist unter einem "Strafgesetz" prima facie ein Gesetz zu verstehen, das eine im Tatbestand beschriebene Handlung mit einer kriminellen Strafe bzw. einer vorbeugenden Maßregel im Sinne der §§ 14 - 42n StGB bedroht und nach dem in der StPO vorgesehenen Verfahren vom Straf-

1) Vgl. Arndt bei Erman Bem.6 a zu Art.30

2) Kegel 3

3) Vgl. auch Raape bei Staudinger Bem.C IV 1 zu Art.30 (805) sowie Dölle 93

4) Näher unten S.54 ff.

richter anzuwenden ist[1].

Soll die obige Frage sinnvoll sein, so muß also der in ihr verwandte Begriff "Strafnorm" eine andere Bedeutung haben als "Strafgesetz" im Sinne jener Regel des internationalen Strafrechts[2]. Daß diese Vermutung zutrifft, zeigt die Ausgangsfrage nach der Anwendbarkeit der Ehehindernisse des Ehebruchs fremder Rechte als "Strafnormen". § 6 EheG sowie die entsprechenden Vorschriften fremder Rechte sehen keine der in den §§ 14 ff. StGB aufgezählten Strafen und Maßregeln vor und werden nicht in einem Strafprozeß angewandt. Sie sind vielmehr Teil der Z i v i l rechtsordnung, insofern sie eine negative Voraussetzung der Eheschließung, also der Begründung eines Zivilrechtsverhältnisses festlegen.

Es dürfte sich bei den genannten "Strafnormen" daher um "Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters"[3] handeln. Letztere Bezeichnung wird ihrer eigenartigen Ambivalenz am besten gerecht: Einerseits gehören sie, gemessen an ihrer Rechtsfolge, eindeutig zum Zivilrecht[4]. Was andererseits ihren strafrechtlichen Charakter angeht, so sehen sie zwar keine "Strafe" im Sinne der §§ 14 ff. StGB vor, der Sinn und Zweck ihrer Rechtswirkung deckt sich jedoch mit dem Wesen der Strafe des StGB[5].

---

1) Vgl. etwa Baumann 6: eingehender und mehr differenzierend unten S.56 ff., wo versucht wird, den Begriff unter Aufgabe dieser nurmehr an der äußeren Systematik des StGB orientierten Einordnung nach anderen Kriterien zu bestimmen.

2) Davon daß nach korrektem, allerdings nicht herrschendem Sprachgebrauch schon die Begriffe "Norm" und "Gesetz" nicht synonym verwandt werden können (vgl. etwa H.J.Wolff 95), mag hier abgesehen werden, da dieser Unterschied zwischen dem imperativischen Inhalt eines Rechtssatzes und ihm selbst als der verbalen Fassung dieses Inhalts hier keine aktuelle Bedeutung hat.

3) So Arndt bei Erman Bem.5 zu Art.30 (ebenso schon 2. Aufl. Bem.5 zu Art.30); vgl. auch Wolff, 2. Aufl., 60 ("Folgen ausländischer Privatrechtsnormen" mit "strafrechtlichem Charakter").

4) Vgl. auch unten S.12 und S.35

5) Näher unten S.56 ff.

Gebräuchlich ist auch das Epitheton "pönal"[1] anstelle von "strafrechtlich".

Nach alledem kann die Frage dieses Abschnitts wie folgt formuliert werden: Finden ausländische Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters Anwendung nach deutschem IPR ?

II. Die Frage der Anwendbarkeit ausländischer Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters in der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre seit Geltung des EGBGB

Daß das EGBGB keinen Satz enthält, der die Anwendung fremder Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters ausschließt, besagt zu der Frage, ob ein solcher Satz Bestandteil des deutschen IPR ist, noch nichts. Ist doch das Gewohnheitsrecht - unter den allgemeinen Gesetzesbegriff fallen neben den geschriebenen auch die ungeschriebenen Rechtsnormen[2] - wichtigste Rechtsquelle des deutschen IPR[3].

Gewohnheitsrecht aber entsteht heute regelmäßig auf Grund von Gerichtsgebrauch, der sich durch eine ständige Rechtsprechung bildet, und zwar - jedenfalls in Deutschland - unter starker Einflußnahme seitens der Rechtslehre[4].

Im folgenden sollen daher die neuere Rechtsprechung und Rechtslehre auf einen Satz des fraglichen Inhalts hin untersucht werden. Sofern sich Spuren oder Ansätze eines solchen Satzes finden, wird jeweils sorgfältig zu prüfen sein, inwieweit die angesprochenen Rechtssätze mit den hier gemein-

---

1) So vor allem Wolff 69 ("Tatbestände pönalen Charakters" als Überschrift; vgl. schon 2. Aufl. 179); so auch Arndt bei Erman Bem.6 a zu Art.30, der sich beider Formulierungen nebeneinander bedient.

2) Vgl. Art.2 EGBGB

3) Arndt bei Erman Vorbem.1 vor Art.7-31

4) Vgl. statt aller Danckelmann bei Palandt Bem.1 e zu § 2 EGBGB

ten "Zivilrechtssätzen strafrechtlichen Charakters" identisch sind.

Soweit die angezogene Literatur den gesuchten Satz in unlösbarem Zusammenhang mit dem Problem des Strafcharakters des Ehebruchshindernisses behandelt und hierbei Anlaß zu kritischer Stellungnahme bietet, wird ihre Darstellung gleichzeitig einiges Licht auf diese im übrigen dem zweiten Teil der Arbeit vorbehaltene Frage werfen.

1. Rechtsprechung

In einer Reihe von Entscheidungen in den dreißiger Jahren behandeln verschiedene Gerichte die Frage, ob der deutsche Richter in Fällen schweizerischen Scheidungsstatuts im Scheidungsurteil dem schuldigen Ehegatten nach Art.150 ZGB als Nebenfolge der Scheidung eine Wartefrist von 1 - 2 bzw. im Fall der Scheidung wegen Ehebruchs von 1 - 3 Jahren aufzuerlegen hat.

In seinem Urteil vom 27.6. 1 9 3 2 [1] verneint das K G diese Frage, "da dieses schweizerische Eheverbot eine öffentlichrechtliche Strafvorschrift ist und deshalb außerhalb des schweizerischen Hoheitsgebiets keine Beachtung beanspruchen kann".

Wenn das KG hier von "öffentlichrechtlichen Strafvorschriften" spricht, so wird man darunter trotz der abweichenden Formulierung "Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters" verstehen müssen. Denn Art.150 ZGB ist jedenfalls insofern zum Zivilrecht zu rechnen, als er die Anweisung an den Richter enthält, im Scheidungsverfahren - durch die Scheidung wird das dem Privatrecht angehörende Rechtsverhältnis der Ehe ex nunc aufgelöst - eine Nebenfolge der Scheidung auszusprechen, wobei dieser Ausspruch wiederum gemäß Art. 104 I ZGB das Ziel hat, die Begründung einer neuen Ehe zu verhindern, und dieses Ziel in der Regel[2] auch erreicht.

1) IPRspr. 1932 Nr.86
2) Da es sich bei Art.104 I ZGB nicht um ein trennendes, sondern um ein aufschiebendes Ehehindernis handelt (Art. 130 ZGB), ist eine unter Verletzung dieser Vorschrift geschlossene Ehe gültig.

Andererseits ist Art.150 ZGB keine "Strafvorschrift" in einem sozusagen "formellen" Sinne, da die vorgesehene Wartefrist im System der Strafen des StGB - des schweizerischen wie des deutschen - keinen Platz hat und dem Schuldigen nicht in einem Strafverfahren auferlegt wird[1] [2].

K e g e l zieht allerdings, indem er die Ausdrucksweise des KG, Art.150 ZGB sei eine "Strafvorschrift des öffentlichen Rechts", übernimmt, aus dieser Formulierung den Schluß, Art.150 ZGB sei keine Norm des Privatrechts[3]. Ob diese einseitige Betrachtung des Art.150 ZGB auch dem KG bei seiner Entscheidung vorschwebte, läßt sich schwerlich entscheiden[4]. Dafür könnte sprechen, daß es den Satz, fremde öffentlichrechtliche Strafvorschriften seien nicht zu beachten, unbegründet läßt[5].

---

1) Vgl. oben S. 10

2) Auch Raape (Scheidungsakt 98 f.) lehnt die Ansicht, Art.150 ZGB sei eine "reine" Strafnorm, unter Hinweis auf die erstrebte zivilrechtliche Wirkung dieser Vorschrift und ihre Stellung im Zivilgesetzbuch ausdrücklich ab. Indem der deutsche Richter Art.150 anwende, werde die Zivilkammer nicht zur Strafkammer, der Richter bleibe im Bereich des Zivilrechts und mache sich nicht zum "Büttel des fremden Strafrichters".
Mit Recht bezeichnet Raape Art.150 ZGB als eine "zivilrechtliche Norm mit strafrechtlichem Einschlag".
Auch das KG erkennt in JW 38,2750 den Doppelcharakter der Vorschrift, glaubt aber, die alternativ gestellte Frage ohne den Versuch einer vermittelnden Formulierung und entsprechenden Problemstellung offenlassen zu können, indem es seine Entscheidung alternativ auf den Satz von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts sowie auf Art.30 EGBGB stützt. - Näher zu diesem Urteil des KG unten S. 18 ff.

3) Bei Soergel Randbem.94 zu Art.17

4) In einer Entscheidung aus dem Jahre 1933 scheint das KG, indem es sich unter Betonung des ausschließlichen Strafcharakters von Art.150 ZGB ausdrücklich auf obige Entscheidung beruft (siehe unten S.17), allerdings von einer diese Frage bejahenden Deutung der Entscheidung auszugehen.

5) Siehe unten S. 15

Bei einer objektiven Interpretation der Formulierung des KG gelangt man dagegen eher zum gegenteiligen Ergebnis, das der hybriden Stellung von Art.150 ZGB allein gerecht wird. Wäre nämlich "Strafvorschrift" in jenem den Zivilrechtscharakter der Bestimmung ausschließenden Sinn zu verstehen, so wäre das Attribut "öffentlichrechtlich" eine überflüssige Tautologie. Es erweist sich dagegen wider Erwarten als sinnvoll, wenn man "Strafvorschriften" als jene - unter verschiedener Rücksicht - sowohl dem Zivil- als dem Strafrecht zugehörigen "Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters" deutet. Dann meint "öffentlichrechtlich", daß die betreffende "Strafvorschrift" nicht etwa eine dem verletzten einzelnen zugute kommende Privatstrafe vorsieht, deren Auferlegung ausschließlich von seiner Geltendmachung abhängt[1], sondern eine nicht zur Genugtuung des Verletzten bestimmte, unmittelbar im öffentlichen Interesse normierte Kriminalstrafe[2] enthält[3]. Für diese Interpretation des zur Frage stehenden Ausdrucks spricht insbesondere die Begründung, die das KG dafür, daß Art.150 ZGB zu den bezeich-

1) Zur Privatstrafe vgl. die umfassende Monographie von Großfeld.
Die gegenwärtigen Hauptbeispiele der Privatstrafe sind die "astreinte" im französischen Recht (vgl. Großfeld 22 ff.) sowie die "exemplary damages" im anglo-amerikanischen Recht (vgl. Großfeld 36 ff.). Zu den früheren "Scheidungsstrafen" des deutschen Rechts vgl. unten S. 43 f. Zur neuesten rechtspolistischen Diskussion um den Gedanken der Privatstrafe vgl. neben Großfeld (73 ff.) auch Gamillscheg RabelsZ 25, 727
Die Privatstrafe unterscheidet sich vom Schadensersatz mit seiner bloßen Ausgleichsfunktion vor allem dadurch, daß die vom Täter zu zahlende Geldsumme den Schaden übersteigt und ihre Höhe vom Grad des Verschuldens abhängt(Großfeld 11
2) Zum Begriff der Kriminalstrafe vgl. etwa Maurach 6
3) Zur Abgrenzung zwischen Privat- und Kriminalstrafe ausführlich Großfeld 121 f. Vgl. auch die aufschlußreiche Darstellung der historischen Entwicklung des Strafrechts von einem System der Privatstrafen zu einem solchen der Kriminalstrafen bei Mayer 3 ff.
Den - immer noch aktuellen - Unterschied zwischen beiden Strafarten übersieht Raape, wenn er (Scheidungsakt 99 f.) Art.150 ZGB neben § 6 EheG auch Vorschriften über die Erbunwürdigkeit sowie über die Lohnunwürdigkeit hinsichtlich ihres Strafcharakters an die Seite stellt und eine differenzierte internationalprivatrechtliche Behandlung dieser Normen für gegenstandslos hält.

neten Vorschriften zähle, in Anlehnung an die schweizerische Literatur gibt:

Art.150 ZGB habe einen pönalen Charakter. Die dem schuldigen Ehegatten auferlegte Strafwartefrist stelle eine lediglich im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffene Maßnahme dar, an deren Verhängung der schuldlose Ehegatte kein rechtmäßiges Interesse habe und gegenüber deren Außerachtlassung ihm keine Befugnis zur Appellation zustehe[1].

Eine Begründung jenes Satzes, daß fremde "öffentlichrechtliche Strafvorschriften" außerhalb des Hoheitsgebietes des Staates, der sie erlassen hat, keine Beachtung finden können, gibt das KG in seinem Urteil nicht. Es setzt ihn offensichtlich als selbstverständlich und keiner Begründung bedürftig voraus. Das wäre er aber nur, wenn er - als der fundamentale Grundsatz unseres internationalen Strafrechts - ausschließlich "reine" Strafgesetze erfaßte. Als Satz, der dem öffentlichen Interesse dienende Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters wie Art.150 ZGB von der Anwendung ausschließt, mag er zwar wegen der inhaltlichen Nähe dieser Vorschriften zum Strafrecht im Hinblick auf jenen Grundsatz des internationalen Strafrechts billigenswert sein. Er bedarf jedoch als Satz des IPR, der auf Grund einer selbständigen Kollisionsnorm an sich berufene ausländische Zivilrechtssätze nach einem allgemeinen, ein anderes Rechtsgebiet beherrschenden Grundsatz von der Anwendung ausschließt, einer näheren Darlegung.

Eine Begründung vermißt man in der genannten Entscheidung umsomehr, als das KG damit ausdrücklich eine in einem früheren Urteil vertretene Meinung zur Anwendung des Art.150 ZGB aufgibt.

In diesem Urteil vom 16.3. 1 9 3 1 [2] spricht das K G das Eheverbot des Art.150 ZGB aus, "obwohl dem deutschen Recht eine solche Maßnahme fremd ist"[3]. Ob dieser die einzige Begründung bildende Nebensatz einen denkbaren Verstoß

1) Ähnlich RGZ 55,246 zum Ehebruchshindernis des deutschen Rechts

2) IPRspr. 1931 Nr.81

3) Ebenso Lewald 117 und Wieruszowski bei Leske-Loewenfeld 80

gegen Art.17 IV EGBGB verneinen oder Bedenken aus Art.30 EGBGB zurückweisen soll, wird nicht ersichtlich. Jedenfalls erwähnt das Gericht den Gesichtspunkt einer unanwendbaren Strafvorschrift auch nicht andeutungsweise. Das Urteil erweist sich somit für die Untersuchung der Stellungnahme der Rechtsprechung zur Frage der Nichtanwendung fremder Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters selbst im negativen Sinn als unergiebig: Daß das Gericht die Frage völlig übergeht, kann ebensogut darauf beruhen, daß es Art.150 ZGB nicht zu den genannten Vorschriften rechnet, wie darauf, daß es die Frage nicht als solche erkennt oder gar stillschweigend verneint. Das KG scheint in seinem bewußt abweichenden Urteil aus dem Jahre 1932[1] von der ersten Erklärung ausgegangen zu sein, wie sich aus der ausschließlichen Ausrichtung der Begründung auf diesen Punkt ergibt[2].

Ebenso unergiebig sind die beiden zur Stützung des Ergebnisses vom KG zitierten Urteile anderer Gerichte. Sie behandeln nicht einmal die Frage nach der Anwendbarkeit von Art.150 ZGB, werden also vom KG[3] als Beleg für seine Auffassung zu Unrecht herangezogen.

In seinem Urteil vom 26.10.1912[4] prüft und bejaht das R G in einem Fall der Scheidung schweizerischer Staatsangehöriger vor einem deutschen Konsulargericht lediglich - unter dem Gesichtspunkt einer eventuellen Rückverweisung auf deutsches Recht - die Frage der Anwendung schweizerischen Rechts schlechthin, ohne sich mit einzelnen Bestimmungen dieses Rechts zu befassen[5].

In der weiteren vom KG angeführten Entscheidung[6] erläßt das O L G M ü n c h e n [7] in einem Berufungsverfahren, in

---

1) Siehe S. 12 Anm. 1

2) Vgl. oben S. 15

3) Ebenso von Lewald (117), Raape (Scheidungsakt 97) sowie, was das zweite Urteil angeht, von Kegel (bei Soergel Randbem.94 zu Art.17 Fußnote 20) und Lauterbach (bei Palandt Bem.5 zu Art.17)

4) Gruchot Bd.57,717

5) Das bemerkt auch das KG in JW 38,2750

6) Dieses Zitat bemängelt das KG in dem in Anm.5 angeführten Urteil allerdings nicht, zieht es vielmehr selber als Beleg heran.

7) Urteil vom 17.7.1931, [illegible]

dem die wegen Ehebruchs geschiedene schweizerische Beklagte, der von der Erstinstanz nach Art.150 ZGB ein dreijähriges Eheverbot auferlegt ist, die Herabsetzung der Frist auf ein Jahr beantragt, gegen den nicht erschienenen Kläger ein Versäumnisurteil. Daß das Gericht hiermit nicht etwa die Anwendbarkeit des Art.150 ZGB bejaht, ergibt sich aus § 536 ZPO: Insoweit durfte es von der Entscheidung der Vorinstanz[1], selbst wenn es sie für verfehlt hielt, nicht abweichen.

In einem weiteren Urteil vom 22.6. 1 9 3 3 [2] bestätigt das K G seine in der Entscheidung von 1932[3] vertretene Meinung, indem es die dort gegebene Begründung nahezu wörtlich übernimmt: "Das ... Eheverbot aus Art.150 ZGB ... kann dagegen nicht ausgesprochen werden, weil es ... im Schweizer Recht n u r [4] den Charakter einer öffentlichrechtlichen Strafvorschrift hat ..." Sollte mit dem gegenüber der älteren Entscheidung hinzugefügten "nur" gemeint sein, Art.150 ZGB gehöre in keiner Weise dem bürgerlichen Recht an, so wird man dieser Ansicht des KG, wie schon dargelegt[5], nicht folgen können.

Auch die Entscheidung des O L G H a m b u r g vom 22.3.1934[6] ist für unser Problem bedeutungslos. Das OLG lehnt es wegen Art.17 IV EGBGB ab, das "dem deutschen Recht unbekannte Eheverbot des Art.150 ZGB" auszusprechen[7].

Die ausführlichste Begründung für die Nichtanwendung des Art.150 ZGB findet sich in dem Urteil des K G vom

---

1) Diese Entscheidung ihrerseits läßt sich nicht auswerten, da sie nicht veröffentlicht ist.

2) IPRspr. 1933 Nr.42

3) Siehe S.12 Anm. 1

4) Hervorhebung vom Verfasser

5) S. 12

6) IPRspr. 1934 Nr.56

7) Art.17 IV EGBGB wird von dem Gericht zu Unrecht herangezogen (ablehnend auch Schnitzer 385): Diese Vorschrift ist als rechtspolitisch bedenkliche besondere Vorbehaltsklausel eng auszulegen (vgl. Kegel 268,173); über die Nebenfolgen der Scheidung bestimmt allein Art.17 I EGBGB (Marquordt bei Erman Bem.4 d zu Art.17; Lauterbach bei Palandt Bem.5 zu Art.17; Kegel 277).

30.5. 1 9 3 8 [1]. Das KG bringt nach einer Darstellung des Streitstandes in der deutschen Literatur zunächst eine sorgfältige Prüfung des Charakters der fraglichen Vorschrift an Hand der schweizerischen Literatur, mit dem gleichen Ergebnis wie in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1932[2]: Die nach Art.150 ZGB verhängte Wartefrist wird als eine pönale, im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassene Maßnahme angesehen. Im folgenden Teil seiner Ausführungen legt sich das Gericht allerdings nicht in der Weise fest wie in der soeben erwähnten Entscheidung mit ihrem ausschlaggebenden Satz, Art.150 ZGB sei als öffentlichrechtliche Strafvorschrift außerhalb des schweizerischen Hoheitsgebietes nicht zu beachten[3]. Das KG entscheidet jetzt alternativ[4]: "Würde man demgemäß die Vorschrift des Art.150 ZGB als einen Teil des öffentlichen schweizerischen Rechts ansehen, so entfiele seine Anwendung schon deshalb, weil nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen jeder Staat im allgemeinen nur sein eigenes öffentliches Recht anwendet. Aber selbst wenn man annimmt, daß Art.150 ZGB eine privatrechtliche Nebenfolge der Scheidung ist, so kann sie der deutsche Richter nicht aussprechen". Denn in diesem Falle handele es sich um eine dem deutschen Recht fremde Scheidungsstrafe[5], deren Anwendung Art.30 EGBGB entgegenstehe[6].

Das Gericht läßt also die für die Art des anzuwendenden Kollisionsrechts entscheidende Frage, ob Art.150 ZGB dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehört, unentschieden,

---

1) JW 38,2750

2) Vgl. S.15

3) Vgl. S.12

4) Vgl. schon S.13 Anm.2

5) Ein pönales Eheverbot als "Scheidungsstrafe" zu bezeichnen, entspricht nicht dem technischen Sinn dieses Begriffes wie er in der deutschen Literatur vor der Jahrhundertwende mit dem Bedeutungsinhalt besonderer v e r m ö g e n s rechtlicher Scheidungsfolgen - wie sie vor Geltung des BGB in Deutschland gebräuchlich waren - zu finden ist. Näher zum Wesen der Scheidungsstrafe S. 43 ff.

6) Ebenso Marquordt bei Erman Bem.10 zu Art.17 und Lauterbach bei Palandt Bem.5 zu Art.30

da das konkrete Ergebnis nach beiden Möglichkeiten das gleiche sei. Die Voraussetzung hierzu schafft die Berufung auf Art.30 EGBGB, die mit dem allgemeinen Hinweis, Scheidungsstrafen seien seit Einführung des BGB dem deutschen Recht fremd[1] und würden als dem Wesen der Ehe widerstreitend angesehen, kaum hinreichend begründet ist[2].

Ohne diese Heranziehung des ordre public wäre das Gericht gezwungen gewesen, obige Frage zu lösen, bzw. es hätte erkannt, daß sie, dem Doppelcharakter des Art.150 ZGB entsprechend, einer alternativen Lösung gar nicht zugänglich ist. Es ist nicht verwunderlich, daß das KG selbst unter der alternativen Voraussetzung, Art.150 ZGB sei eine privatrechtliche Vorschrift, nicht umhin kann, ihre Rechtsfolge als eine Scheidungs s t r a f e zu bezeichnen. Daß es diese Charakterisierung geradezu als Hauptargument für einen Verstoß gegen Art.30 EGBGB heranzieht, ohne ersichtlich noch auf die Stärke der Inlandsbeziehung abzustellen, legt die Vermutung nahe, daß dem Leser an dieser Stelle, versteckt im Gewande des ordre public, der Satz von der Nichtanwendung fremder Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters entgegentritt[3], zumindest, daß dieser Gedanke bei der Begründung des Verstoßes gegen Art.30 EGBGB erheblich mitschwingt[4].

Der der anderen Alternativlösung des KG zugrundeliegende Satz von der ausschließlichen Anwendung des eigenen öffentlichen Rechts im Gerichtsstaat ist in dieser allgemeinen Formulierung gerade im Verlauf der letzten Jahrzehnte so sehr ins Wanken geraten, daß er sich ohne eine differenzierende Ausgestaltung als alleinige Quelle zur deduktiven Gewinnung von Lösungen konkreter Fälle kaum noch eignet[5].

---

1) Vgl. zu diesem Argument S.18 Anm. 5

2) Vgl. auch Schuster RabelsZ 6,523

3) Dazu, daß beide Gesichtspunkte systematisch streng zu trennen sind, vgl. oben S. 7 f.

4) Vgl. Kegel, der in seinem Zitat von Urteilen, die Art.150 ZGB wegen seines Strafcharakters für unanwendbar erklären (bei Soergel Randbem. 94 zu Art.17 Fußnote 20), dieses Urteil mit dem Vermerk versieht: "a u c h wegen Art.30" (Hervorhebung vom Verfasser).

5) Näher unten S. 53 f.

Offenbar beeinflußt von der letztgenannten Entscheidung zeigt sich das O L G K ö n i g s b e r g in seinem Urteil vom 19.12.1939[1]. Das OLG führt aus, einer Anwendung des Art.150 ZGB stehe Art.30 EGBGB entgegen; denn diese Vorschrift habe "strafähnlichen Charakter, während dem deutschen Scheidungsrecht Scheidungsstrafen fremd sind".

Einen ausdrücklichen Bezug auf die genannte Entscheidung des K G nimmt das Urteil des KG vom 7.10. 1 9 4 0 [2] in einem obiter dictum: Art.150 ZGB könne nicht herangezogen werden, weil er die Verhängung einer dem deutschen Recht nicht bekannten Scheidungsstrafe vorsehe.

Die beiden letztgenannten Urteile ergeben nach alledem gegenüber jener Entscheidung des KG zur Untersuchung unserer Frage keine neuen Anhaltspunkte.

Schließlich wird in diesem Zusammenhang in der Literatur[3] noch auf ein Urteil des A G L ö r r a c h vom 10.9.1907[4] verwiesen, in dem das Gericht die in einem schweizerischen Scheidungsurteil gemäß Art.150 ZGB über einen Deutschen verhängte Wartefrist bei Eheschließung desselben im Inland als unwirksam ansieht. Diese Entscheidung beruht jedoch nicht auf der Maxime, die genannte Bestimmung sei wegen ihres Strafcharakters unanwendbar. Die Nichtberücksichtigung der ausgesprochenen Wartefrist bei der neuen Eheschließung ergibt sich auf den ersten Blick vielmehr daraus, daß sich die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung für den deutschen Verlobten ausschließlich nach deutschem Recht bestimmen, dieses aber ein Ehehindernis der bezeichneten Art nicht kennt[5].

---

1) HRR 1940 Nr.499 = StAZ 1940,39

2) DR 1941,1842

3) Kegel bei Soergel Randbem.94 zu Art.17 Fußnote 21

4) BadRpr. 1908,133

5) Selbst wenn es sich bei dem anderen Nupturienten um einen schweizerischen Staatsangehörigen gehandelt haben sollte, bleibt Art.150 ZGB unanwendbar. Denn das Ehehindernis der Strafwartefrist ist fraglos nur einseitiger Natur (es wirkt gemäß Art.104 I ZGB absolut, d.h. nicht nur dem Mitschuldigen gegenüber); ebenso Raape bei Staudinger Bem.A II 3 b β zu Art.13 (237).

Das AG begnügt sich jedoch nicht mit einer derartigen Begründung, sondern führt weiter aus, auch aus der grundsätzlichen Anerkennung ausländischer Zivilurteile durch das deutsche Prozeßrecht könne die Anerkennung der im Scheidungsurteil festgesetzten Wartefrist nicht gefolgert werden. Denn die Anerkennung einer dem deutschen Recht fremden Beschränkung der Eheschließungsfreiheit eines Deutschen sei ausgeschlossen, da sie gegen den Zweck der deutschen Ehegesetzgebung verstoße (§ 328 I Ziff.4 ZPO).

Dieses Argument des AG wäre im Ansatz nur dann zutreffend, wenn entgegen dem oben Ausgeführten über die Möglichkeit einer erneuten Heirat des geschiedenen Deutschen als Nebenfolge der Scheidung gemäß dem schweizerischen Scheidungsurteil zu befinden wäre[1]; andernfalls müßte selbst die Anerkennung der festgesetzten Wartefrist ohne Folge bleiben. Nun geht aber die einhellige Meinung der Literatur[2] dahin, die Frage der Wiederverheiratung eines Geschiedenen richte sich nach dem Eheschließungsstatut, nicht dem Scheidungsstatut[3] d.h. bei Scheidung im Ausland: dem (anerkannten) fremden Scheidungsurteil[4]. Zwar hat die Literatur bei der Darstellung dieses Grundsatzes, wie sich aus den jeweils folgenden Ausführungen unschwer erkennen läßt, vorwiegend das (in praktischer Hinsicht bedeutsamste) Ehehindernis der Doppelehe im Auge[5]. Es ist aber in der deutschen Literatur, was das Ergebnis betrifft, unbestritten, daß Gleiches auch für das

1) Dabei wird vorausgesetzt, daß allgemein die Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils auch die in dem Scheidungsurteil geregelten Nebenfolgen umfaßt (so Kegel 277 sowie bei Soergel Randbem. 93 zu Art.17; a.M. Lewald 127; Süß (252 ff.), der für die Gestaltungswirkungen des Scheidungsurteils schlechthin Art.17 EGBGB maßgebend sein läßt; vgl.auch Raape bei Staudinger Bem. J II 4 zu Art.17 (428 f.)).

2) Statt aller Wolff 212 und Raape, IPR 316 f.; zahlreiche weitere Fundstellen bei Neumayer RabelsZ 20,67 Anm.3

3) Das schließt nicht aus, daß etwa auftretende Vorfragen - sei es kraft selbständiger oder unselbständiger Anknüpfung - im Ergebnis doch nach dem Scheidungsstatut zu beurteilen sind.

4) Vgl. zu dieser Parallele Kegel 274

5) Vgl. etwa Wolff a.a.O. und Raape a.a.O.

Ehehindernis des Ehebruchs zutrifft[1].

Man könnte jedoch dazu neigen, gerade für den Fall des richterlichen Ausspruchs einer Wartefrist, wie ihn Art.150 ZGB vorsieht, von dem oben wiedergegebenen Grundsatz eine Ausnahme zu behaupten. Man könnte nämlich argumentieren, die in dem Scheidungsurteil vom Richter verhängte Sanktion des befristeten Heiratsverbots sei mit der Scheidung als solcher in einer Weise untrennbar verbunden, die eine Qualifikation des Verbots als scheidungsrechtlich als allein angemessen erscheinen lasse[2]. Die Folge dieser Einordnung wäre, daß auch die Wiederverheiratung eines nicht-schweizerischen Verlobten dem besagten Verbot unterläge, wenn nur das Scheidungsurteil des schweizerischen Richters samt dem

---

1) So ausdrücklich Neumayer (RabelsZ 20,68) und vor allem Maßfeller (224 f.) bei der Erläuterung obigen Grundsatzes zur Wiederverheiratung Geschiedener. Im übrigen wird diese Lösung von sämtlichen Lehrbüchern und Kommentaren des deutschen IPR insofern als selbstverständlich vorausgesetzt, als das Ehebruchshindernis unterschiedslos mit den übrigen Ehehindernissen im Rahmen der Darstellung des Art.13 EGBGB behandelt wird.

2) Die Möglichkeit einer solchen Qualifikation zeigt unter Bezugnahme auf ein Urteil eines französischen Gerichts Holleaux (200) auf, ohne eigene abschließende Stellungnahme. Holleaux unterscheidet allerdings nicht die beiden Fragen, ob der Scheidungsrichter bei schweizerischem Scheidungsstatut auch einem nicht-schweizerischen Ehegatten die Wartefrist des Art.150 ZGB auferlegen müsse, und andererseits, ob die einem nicht-schweizerischen (geschiedenen) Ehegatten bereits auferlegte Wartefrist - die Anerkennung des Scheidungsurteils vorausgesetzt - ein Heiratsverbot zur Folge habe. Die erste Frage, die Holleaux in Bezug auf Art.150 ZGB offenbar ausschließlich im Sinn hat, läßt sich positiv beantworten, ohne daß man, wie Holleaux anzunehmen scheint, mit dem vorangestellten Grundsatz - die Voraussetzungen einer neuen Eheschließung unterliegen nicht dem Scheidungsstatut - in Konflikt kommt. Daß Holleaux' Ausführungen aber auch das zweite Problem de facto einbeziehen, geht daraus hervor, daß er es sogar zur Diskussion stellt, § 6 EheG bei deutschem Scheidungsstatut auch gegenüber einem nicht-deutschen Nupturienten anzuwenden (vgl. hierzu vorige Anmerkung). - Die hier gemachte Unterscheidung vermißt man auch bei Peters (StAZ 1960,130).

Ausspruch der Wartefrist anzuerkennen wäre[1].

Die einer solchen unterschiedlichen Qualifikation der verschiedenen Ehehindernisse des Ehebruchs, je nachdem ob das Eheverbot auf richterliches Geheiß oder bloßen Gesetzesbefehl zurückgeht, zugrundeliegende Argumentation ist jedoch nicht zwingend. Sie beruht vielmehr auf einer ungenauen und sachlich irreführenden Formulierung[2]: Auch im Falle des richterlichen Ausspruchs einer Wartefrist ist es nicht eigentlich der Richter, der das Ehehindernis aufstellt, sondern das Gesetz. Nicht das auf der Ermächtigung des Art.150 ZGB beruhende richterliche Gebot als solches verhindert schon bindend die Wiederverheiratung des schuldig Geschiedenen. - Der die Trauung vornehmende Standesbeamte ist bei der Prüfung der Ehevoraussetzungen primär an nichts anderes als an das Gesetz gebunden, an einen Richterspruch nur dann, wenn ihn das Gesetz ausdrücklich auf einen solchen verweist. Ein richterlicher Ausspruch kann nur insoweit rechtliche Folgen haben, als das objektive Recht sie ihm zuerkennt. - Es ist daher erst der Gesetzesbefehl des Art.104 I ZGB, der das Ehehinder-

---

1) So offenbar Schnitzer (343), der ausführt, ob die Auferlegung einer Wartefrist gegenüber einem Nicht-Schweizer von einer ausländischen Rechtsordnung a n e r k a n n t werde, hänge von dieser ab (Hervorhebung vom Verfasser). Wenn Schnitzer (a.a.O. Anm.31) fortfährt, die Anerkennung in Deutschland werde bejaht von Maßfeller (225; die von Schnitzer angeführte Stellenangabe 191 bezieht sich auf die französische Ausgabe des betreffenden Sammelwerkes, dessen Titel er desungeachtet deutsch zitiert), sei dagegen bestritten in Rechtsprechung und Rechtslehre, so sind beide diese Hinweise unzutreffend: Maßfeller spricht sich (a.a.O.) nur für die Beachtung des Eheverbotes aus, soweit es sich bei dem Betroffenen um einen schweizerischen Staatsangehörigen handelt, bei einem deutschen Staatsangehörigen lehnt er sie mit Nachdruck ab (Maßfeller 224). Was den Streit in Rechtsprechung und Rechtslehre angeht, so bezieht sich dieser ausschließlich auf die von der vorliegenden zu unterscheidende Frage (siehe S.22 Anm. 2), ob der deutsche Richter im Falle schweizerischen Scheidungsstatuts auch die Straffolge des Art.150 ZGB aussprechen darf (vgl. S.12 ff.).

2) Diese findet sich selbst bei solchen Autoren, die im Ergebnis durchaus zutreffend entscheiden (vgl. die S.24 Anm.2 genannten).

nis normiert. Wenn es in Art.104 I ZGB heißt: "Ein geschiedener Ehegatte darf während der ihm auferlegten Wartefrist eine neue Ehe nicht eingehen", so ist die richterliche Anordnung der Wartefrist gemäß Art.150 ZGB im Rahmen dieser Norm nicht mehr als ein Tatbestandselement neben anderen.

Ebensowenig wie man aber § 6 EheG, etwa weil die vom Richter ausgesprochene Scheidung zum Tatbestand der Bestimmung gehört, als zum Scheidungsrecht gehörig qualifiziert[1], kann man das Ehehindernis des Art.104 I ZGB an Art.17 EGBGB anknüpfen. Beide Normen fallen gleichermaßen unter Art.13 EGBGB, weil sie in ihrer Rechtsfolgen die Eingehung einer (neuen) Ehe betreffen[2].

Die Ausführungen des AG über die Anerkennung der in dem schweizerischen Scheidungsurteil festgesetzten Wartefrist sind daher zur Lösung des vorliegenden Falles von vornherein ungeeignet, da ihre Voraussetzung - Beurteilung der Wiederheirat des geschiedenen Deutschen nach dem schweizerischen Scheidungsurteil[3] - nicht gegeben ist.

An dieser Stelle soll in einem E x k u r s auf eine weitere fragwürdige Differenzierung eingegangen werden, die auf den gleichen zweifelhaften Ansatz wie die Darlegungen des AG zurückgeht. K e g e l [4] hält im Hinblick auf den Strafcharakter der betreffenden Vorschrift zwar Art.150 ZGB im Inland für unanwendbar, offenbar aber nicht ein ausländisches Ehehindernis von der Art des § 6 EheG: Im einen Fall werde dem Zivilrichter die Tätigkeit des Strafens zugemutet, im anderen strafe der Gesetzgeber. Diese Unterscheidung, die darauf beruht, daß Art.104 I ZGB übersehen und auch sachlich zwischen dem richterlichen Ausspruch einer Wartefrist auf Grund ausländischen Rechts und der Beachtung eines bereits bestehenden fremden Ehehindernisses nicht scharf unterschieden wird[5], überzeugt nicht. In beiden Fällen straft - wenn

1) Vgl. S.22 Anm.1 und 2

2) Im Ergebnis ebenso Raape bei Staudinger Bem. J III 3 a und b zu Art.17 (429) und Bem. A II 3 b β zu Art.13 (237) sowie Maßfeller 224 f.

3) Vgl. oben S. 21

4) Bei Soergel Randbem. 94 zu Art.17

5) Vgl. Kegel a.a.O., aber auch Raape, Scheidungsakt 98,100

überhaupt von Strafe die Rede sein kann, was noch zu untersuchen sein wird - der Gesetzgeber; in beiden Fällen straft, wenn man so will, auch der Richter: Der Gesetzgeber bedient sich, indem er straft, des Richters (keine Strafe ohne Strafurteil!). Nur hält er es im einen Fall (§ 6 EheG) für ausreichend, wenn der Richter den ehebrecherischen Gatten geschieden und im Scheidungsurteil den Ehebruch als Grund der Scheidung festgestellt hat; denn das Eheverbot ist ja ohnehin vom Gesetzgeber als unbefristet gewollt. Im anderen Fall (Art.104 I ZGB) dagegen hält er es für erforderlich, daß der Richter die Dauer des - nach der Vorstellung des Gesetzgebers befristeten - Eheverbotes jeweils den Erfordernissen des individuellen Sachverhalts angepaßt hat[1]. Dabei erfüllt die Funktion des Art.150 ZGB, dem Standesbeamten die Feststellung des Ehebruchs abzunehmen und das "ob" des Ehehindernisses gleichwohl nicht dem Belieben des Richters zu überlassen, im deutschen Recht § 624 ZPO[2]. Wenn man den vorliegenden Tatbestand mit Begriffen des Strafrechts analog beschreiben will, wird man sagen können, in beiden Fällen spreche der Richter das Strafurteil (auf Grund von Art.150 ZGB bzw. § 6 EheG), wobei beide Strafakte zwar begrifflich zu trennen sind, aber zeitlich - wegen der ipso iure-Vollstreckung notwendigerweise - zusammenfallen.

Nach alledem darf weder dem Hindernis des Art.104 I ZGB noch den Eheverboten ausländischer § 6 EheG entsprechender Vorschriften - vorausgesetzt, daß alle diese Normen Strafcharakter haben und Gesetze mit Strafcharakter im Inland unanwendbar sind - bei uns Beachtung geschenkt werden; der

---

1) Vgl. die parallele Erscheinung in § 31 StGB einerseits und den §§ 33,34; 32 StGB andererseits.

2) Beide Vorschriften sind wegen ihrer Zweckbezogenheit auf die betreffenden Ehebruchshindernisse materiellrechtlicher Natur. Sie sind, abgesehen von ihrem Strafcharakter, nur dem Scheidungsstatut, nicht der lex fori zu entnehmen (vgl. auch Raape, IPR 308). Daß in der Schweiz Art.150 ZGB auch bei der Scheidung von Ausländern angewandt wird (vgl. den vorliegenden vom AG Lörrach entschiedenen Fall sowie Schnitzer 343), steht dem nicht entgegen; denn in der Schweiz erfolgt die Scheidung von Ausländern schlechthin nach schweizerischem Recht (Art.7 h III NAG; beachte aber Art.7 h I und II NAG).

deutsche Scheidungsrichter darf weder die Wartefrist des Art.150 ZGB aussprechen, noch dem Befehlt § 624 ZPO entsprechender ausländischer Gesetze Folge leisten[1]. Denn Vorschriften der letzteren Art haben, unter der oben gemachten Voraussetzung, entgegen dem ersten Anschein nicht weniger Strafcharakter als etwa Art.150 ZGB: § 624 ZPO dient ausschließlich dem Zweck des § 6 EheG. Wenn allerdings ein fremdes Ehehindernis außer dem bloßen Scheidungsausspruch keine weiteren richterlichen Feststellungen oder Gebote voraussetzt, muß der inländische Scheidungsrichter selbstverständlich die Förderung des fremden Strafzwecks durch die Scheidung in Kauf nehmen. Der Dienst an den Parteiinteressen, denen die Scheidung als solche dient, überwiegt.

Es seien nunmehr an die Ausführungen des AG Lörrach noch einige Erwägungen geknüpft, welche die Besonderheiten des gegebenen Falles hinter sich lassen, jedoch von allgemeiner Relevanz für die internationalprivatrechtliche Behandlung der Wartefrist des schweizerischen Rechts sind. Bedeutungsvoll könnten die internationalprozeßrechtlichen Erörterungen des AG nämlich sein, sofern es sich bei dem Geschiedenen um einen schweizerischen Staatsangehörigen handelte.

In einem solchen Fall kommt das schweizerische Recht als Eheschließungsstatut und mithin Art.104 I ZGB zur Anwendung. Entschließt man sich zur selbständigen Anknüpfung der Vorfrage nach der Wirksamkeit der in dem schweizerischen Scheidungsurteil ausgesprochenen Wartefrist, so mag man mit dem AG die Nichtanerkennung des Ausspruchs gemäß der ordre public-Klausel des § 328 I Ziff.4 ZPO erwägen[2] [3]. Im Er-

1) Auch Raape (Scheidungsakt 100) und Arndt (bei Erman Bem.6a zu Art.30) lehnen im Ergebnis eine unterschiedliche Behandlung dieses Ehehindernisses, je nachdem ob es eines richterlichen Ausspruchs bedarf oder nicht, ab.

2) Voraussetzung ist allerdings, daß man insoweit die teilweise Nichtanerkennung des einheitlichen Scheidungsurteils (vgl. Art.150 ZGB) - die Anerkennung der Scheidung als solcher unterliegt keinen Bedenken - überhaupt für möglich hält; bejahend Kegel bei Soergel Randbem. 76,87 zu Art.17. Vgl. auch S.21 Anm.1 . Zur teilweisen Anerkennung ausländischer Urteile allgemein vgl. Kallmann 185 Anm.95.

3) Jedoch erweist sich ein solches Vorgehen als ein vermeidbarer Umweg; man erreicht das Gleiche, wenn man unmittelbar Art.104 I ZGB an der Vorbehaltsklausel des Art.30 EGBGB mißt.

gebnis wird man sich der Anerkennung kaum verschließen können. Für ein Eingreifen des ordre public spricht wenig: So unvereinbar ist der Zweck des Art.150 ZGB mit der deutschen Rechtsordnung nicht, daß das aus der Anerkennung des auf Art.150 ZGB beruhenden Ausspruchs resultierende befristete Heiratsverbot gegenüber einem Schweizer (mangelnde Inlandsbeziehung!) nach unserer Auffassung schlechthin untragbar erschiene. Wenn das AG in seinem Urteil einen Verstoß gegen den ordre public bejaht, so nur deshalb, weil es entscheidend auf die deutsche Staatsangehörigkeit des Betroffenen (Inlandsbeziehung!) abstellt[1].

Es erweist sich nach alledem als falsch, die Berücksichtigung der nach Art.150 ZGB festgesetzten Wartefrist durch den deutschen Standesbeamten bzw. Richter zu einer Frage der Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils (oder eines Teiles desselben) zu machen: Handelt es sich um einen deutschen (oder allgemein: um einen nicht-schweizerischen) Nupturienten, so kommt gemäß Art.13 EGBGB schweizerisches Recht erst gar nicht in Betracht; hat der Nupturient die schweizerische Staatsangehörigkeit, so steht Art.104 I ZGB seiner Wiederheirat in der festgesetzten Zeit entgegen, es sei denn, man könnte dieser Vorschrift im Hinblick auf ihren strafrechtlichen Charakter die Anwendung im Inland versagen.

Eine eingehendere Erörterung des vorgestellten Problems war nicht zuletzt deshalb ratsam, weil sich die Literatur, soweit sie es behandelt, die im Ansatz verfehlte Argumentation des AG weitgehend zu eigen gemacht hat:

So führt L e w a l d unter Berufung auf das AG Lörrach aus[2], ein über einen deutschen Ehegatten in einem schweizerischen Scheidungsurteil gemäß Art.150 ZGB ausgesprochenes

1) Vgl. oben S. 20 f.

2) Lewald (127) mit der Begründung, die Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile beziehe sich stets nur auf die personenrechtliche Wirkung der Auflösung der Ehe, nicht dagegen auf die im Urteil etwa ausgesprochenen Nebenfolgen (vgl. oben S. 21 Anm. 1). Dieses Argument würde jedoch bei einem nicht-deutschen, insbesondere einem schweizerischen Nupturienten ebenso eingreifen (!).

Eheverbot werde in Deutschland nicht anerkannt. L e w a l d weicht zwar in der Begründung der Nichtanerkennung von der Meinung des AG ab[1], nicht aber im Ausgangspunkt seiner Darlegung.

R a a p e [2] hält - ohne Erwähnung des genannten AG-Urteils - dafür, dem ausländischen Scheidungsurteil sei die Anerkennung zu verweigern, soweit es über einen Deutschen[3] eine dem deutschen Recht überhaupt nicht bekannte Nebenwirkung ausspreche, wie im Falle des Art.150 ZGB. Er erkennt jedoch, daß die Frage der Berücksichtigung dieser Nebenfolge eigentlich auf anderer Ebene auszutragen ist, indem er fortfährt: "Die Nichtberücksichtigung dieses Verbotes ergibt sich schon aus Art.13."[4]

Schließlich heißt es bei K e g e l [5], die in einem ausländischen, insbesondere einem schweizerischen Urteil ausgesprochene Wartefrist sei, trotz Anerkennung des Urteils im übrigen, nicht wirksam. Auffällig ist, daß K e g e l , im Gegensatz zu den von ihm angezogenen Literaturmeinungen, seiner allgemeinen Formulierung zufolge seine These offenbar nicht nur auf den Fall beschränkt wissen will, daß der Betroffene die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt[6].

---

1) Vgl. S.27 Anm.2

2) Raape bei Staudinger Bem. J II 1 zu Art.17 (425). Vgl. auch die in die gleiche Richtung tendierende Bemerkung Raapes (bei Staudinger Bem. A II 3 b β zu Art.13 (237)) zur Beachtung des nämlichen Verbotes gegenüber einem Franzosen in Frankreich.
Raape sieht den Grund für die Nichtanerkennung, wie sich aus seinen voranstehenden Ausführungen ergibt, offensichtlich in § 328 I Ziff.3 ZPO.

3) Diese Einschränkung folgt eindeutig aus der Überschrift des betreffenden Abschnitts (a.a.O.).

4) Raape bei Staudinger a.a.O.; vgl. auch bei Staudinger Bem. A II 3 b β zu Art.13 (237), wo Raape das Hindernis gemäß Art.13 EGBGB für beachtlich erklärt, wenn der Betroffene Schweizer ist.

5) Bei Soergel Randbem.94 zu Art.17, unter Hinweis auf das AG Lörrach, Staudinger-Raape und Lewald (Fußnote 21); ebenso Kegel 278

6) Das folgt auch aus der von Kegel für die Nichtanerkennung gegebenen Begründung, Art.150 ZGB sei eine Strafvorschrift (siehe unten S.30 f.): Unter diesem Gesichtspunkt ist die Staatsangehörigkeit des Betroffenen in der Tat irrelevant.

2. Rechtslehre

a) Gesamtdarstellungen und Kommentare des IPR

L e w a l d schenkt in seiner Darstellung des IPR "auf Grundlage der Rechtsprechung" den Zivilrechtssätzen strafrechtlichen Charakters keinerlei Erwähnung[1]. Das Gleiche läßt sich von den entsprechenden Werken G u t z w i l l e r s und N u ß b a u m s [2] sowie von der Darstellung R a a p e s in Staudingers Kommentar sagen.

M e l c h i o r [3] begnügt sich damit, im Rahmen der Erörterung von Qualifikationsfragen eine Entscheidung des Obersten Gerichts der Vereinigten Staaten als beachtenswert anzuführen, in der eine Norm fremden Aktienrechts als nicht anwendbare ausländische Strafrechtsvorschrift behandelt wird.

W o l f f erörtert die Anwendung fremder pönaler Zivilrechtssätze in der 1. Auflage seines Buches von 1933 noch nicht. Selbst die bereits ergangenen Urteile des KG zu Art. 150 ZGB[4] bleiben unerwähnt.[5]

Erst in der 2. Auflage von 1949 führt W o l f f [6] diese Rechtsprechung an, wobei er sich der neueren Meinung, die dem deutschen Richter den Ausspruch der in Art.150 ZGB vorgesehenen Wartefrist untersagt, mit der Begründung anschließt, dieses Verbot der Wiederverheiratung habe pönale Charakter. Darüber hinaus - und diese Tatsache[7] verdient besondere Beachtung - räumt er dem jener Rechtsprechung zugrundeliegenden Obersatz von der Nichtanwendung fremder Zivilrechtssätze mit Strafrechtscharakter einen eigenen Platz im Rahmen der "allgemeinen Lehren" des IPR ein: "Wie ausländische Strafgesetze im Inland nicht anwendbar sind, so sind auch solche Folgen ausländischer Privatrechtsnormen unanwendbar, die strafrechtlichen Charakter haben[8].

1) Beachte: Die oben (S.12 ff.) besprochene richtungweisende KG-Entscheidung zu Art.150 ZGB erging erst nach Erscheinen des Buches.
2) Nußbaum, Deutsches IPR
3) Melchior 138
4) Vgl. oben S.12 ff.
5) Vgl. Wolff, 1. Aufl., 131, wo sie, Nebenfolgen der Scheidung betreffend, systematisch hingehört hätten.
6) Wolff, 2. Aufl., 179
7) Zu ihrer Erklärung vgl. unten S. 106
8) Wolff, 2. Aufl., 60

In der 3. Auflage formuliert W o l f f diese Maxime unter der Überschrift "Tatbestände pönalen Charakters" wie folgt: "Daß ausländische Strafgesetze im Inland nicht anwendbar sind, geradeso wie deutsche Strafgesetze keine Anwendung im Ausland erwarten, ist ein anderer Ausdruck für die Territorialität von Strafnormen. Einer Anrufung des ordre public bedarf es nicht, um dieses Ergebnis zu erreichen. Bisweilen begegnen dem inländischen Juristen ausländische Rechtsnormen und Entscheidungen privatrechtlicher Natur, deren Folgen aber pönalen Charakter haben. So knüpfen viele ausländische Ehescheidungsgesetze, z.B. das schweizerische, an eine Scheidung wegen Ehebruchs die Folge, daß der Ehebrecher während bestimmter Zeit nicht heiraten darf. Solches Eheverbot würde wegen seines pönalen Charakters außerhalb des Landes, in dem es erlassen wurde, nicht beachtet werden. Ein Schweizer würde, seinem Heimatrecht zum Trotz, in Deutschland die Ehe schließen dürfen."[1)]

W o l f f bringt mit diesen Sätzen eindeutig zum Ausdruck, daß es sich bei den fraglichen Gesetzen um Normen des Z i v i l rechts handelt. Daraus folgt aber, daß, um diese Normen von der Anwendung im Inland auszuschließen, ein Hinweis auf den Grundsatz des internationalen Strafrechts (keine Anwendung ausländischer Strafgesetze) nicht ausreicht, daß es hierzu vielmehr eines eigenen dem IPR angehörigen Rechtssatzes bedarf[2)].

R a a p e beschränkt sich in seiner Darstellung des IPR[3)] darauf, die Nichtanwendung von fremdem "penal law" im Common Law festzustellen, ohne die Möglichkeit einer Parallelerscheinung im deutschen Recht zu erörtern.

K e g e l führt in seinem Studienbuch des IPR[4)] aus, auf die nach schweizerischem Recht über den schuldigen Gatten im Scheidungsurteil zu verhängende Wartefrist sei bei Scheidung nach schweizerischem Recht durch den deutschen Richter nicht zu erkennen. Jene Wartefrist bilde zwar eine Nebenfolge der Scheidung, stelle jedoch eine Strafe dar. Eingehender behandelt K e g e l die Frage in Soer-

1) Wolff, 3. Aufl., 69
2) Vgl. schon oben S. 15
3) Raape, IPR 656
4) Kegel 278, vgl. auch 94

gels Kommentar[1]: Art.150 ZGB sei eine Strafvorschrift des öffentlichen Rechts, nicht eine Norm des Privatrechts[2]. Während beim Hindernis des Ehebruchs (§ 6 EheG) der G e s e t z g e b e r strafe, mute Art.150 ZGB dem Z i v i l r i c h t e r die Tätigkeit des Strafens zu. Art.150 ZGB falle daher nicht unter Art.17 EGBGB, die Wartefrist dürfe in einem deutschen Scheidungsurteil nicht verhängt werden. In einem ausländischen Urteil ausgesprochen, sei sie nicht wirksam.

K e g e l will also dem deutschen Richter die Anwendung einer fremden "Strafvorschrift" dann untersagen, wenn die Strafe nicht vom Gesetz selbst normiert ist, sondern dem Schuldigen vom Richter aufzuerlegen ist[3] [4].

A r n d t [5] stellt im Rahmen eines Abschnitts über die Berücksichtigung öffentlichrechtlicher Bestimmungen im Inland den Satz auf: "Außer ausländischem Strafrecht sind auch Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters im Inland nicht anwendbar." Als wichtigstes Beispiel solcher Zivilrechtssätze führt er in eingehender Erörterung und Auseinandersetzung mit der Literatur die verschiedenen Ausgestaltungen des Ehebruchshindernisses an und kommt zu dem Ergebnis[6]: "Immer dann, wenn das ausländische Eheverbot als Strafe ... erkannt wird, sollte ihm die Inlandsanerkennung versagt werden."

L a u t e r b a c h [7] vertritt die Meinung, soweit

---

1) Kegel bei Soergel Randbem.94 zu Art.17
2) Kritisch hierzu oben S.12 f.
3) Folgerichtig weist Kegel (176) zur Abwehr von Rechtssätzen, die den bürgerlichen Tod als Strafe aussprechen, ausschließlich auf Art.30 EGBGB hin.
4) Dazu, daß eine solche unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist, siehe oben S.24 ff.
5) Bei Erman Bem.6 zu Art.30; ebenso schon die Vorauflagen: 2. Aufl. Bem.5 zu Art.30, 1. Aufl. Bem.5 zu Art.30
6) Arndt bei Erman Bem.6 a zu Art.30; vgl. schon oben S.
7) Bei Palandt Bem.5 zu Art.17; vgl. aber auch Lauterbach 28 und derselbe bei Palandt Bem.5 zu Art.30, wo dieses Ergebnis anscheinend mit dem ordre public begründet wird.

ein ausländisches Recht die Wiederverheiratung nach der Scheidung eine Zeitlang nicht zulasse, komme es darauf an, ob eine solche Vorschrift Strafcharakter habe. Sei dieses der Fall, wie z.B. bei Art.150 ZGB, so dürfe ein deutsches Gericht dieses Eheverbot nicht aussprechen.

B e i t z k e [1] schreibt, Wartefristen und andere Scheidungsstrafen[2] des ausländischen Rechts könne der deutsche Richter nicht verhängen.

Schließlich seien noch die Darstellungen des IPR von Z i t e l m a n n [3] und F r a n k e n s t e i n auf einen Satz des fraglichen Inhalts hin untersucht[4].

Bei Z i t e l m a n n [5] heißt es in dem der Frage der Anwendung fremden Strafrechts gewidmeten Abschnitt: "Es ist möglich, daß ein fremder Rechtssatz zwar dem Privatrecht angehört, aber Zwecke verfolgt, welche w i r nicht mehr als Zwecke des Privatrechts ansehen. Ich meine, daß wir dann für die Anwendung des fremden Rechtssatzes, eben weil er über die Zwecke hinausgeht, die wir dem Privatrecht zusprechen, nicht mehr die international p r i v a t r e c h t l i c h e n Anwendungsregeln zu Rate zu ziehen

---

1) Bei Achilles-Greiff Bem.2 zu Art.17

2) Nicht alle Wartefristen tragen Strafcharakter (vgl. etwa § 8 EheG und Art.103 ZGB)!

3) Wenn auch der 1. Band schon 1897 erschienen ist, so mag es dennoch berechtigt sein, das Werk Zitelmanns in diesem Kapitel anzuführen; legt doch Zitelmann der Darstellung des IPR im 1. Bande bereits häufig Vorschriften des EGBGB zugrunde (vgl. den Nachweis der angeführten Gesetzesstellen im 2. Band 1020 f.). - Im übrigen herrscht ja auch Streit, ob der als Kriterium für die stoffliche Abgrenzung zwischen Kapitel II und III gewählte Zeitpunkt des Inkrafttretens des EGBGB der 7.9.1896 oder der 1.1.1900 ist (vgl. Kegel bei Soergel Randbem. 1 zu Art.1)

4) Den Ausführungen dieser beiden Autoren kann freilich bei der Diskussion einer bestimmten Rechtsfrage keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden. Ihre Systeme stehen - mit Wissen der Verfasser - durchweg nicht auf dem Boden des geltenden Rechts und können daher nur mit äußerster Vorsicht herangezogen werden. Vgl. RGZ 95,165 zu Zitelmann; dessen Kennzeichnung durch das RG paßt im Grundsatz auch auf Frankensteins Werk, wenngleich bei diesem die Gefahren aus einer kritiklosen Benutzung ein wenig geringer sind.

5) Zitelmann I 331

haben; die Entscheidung würde hier vielmehr nach den Grundsätzen des internationalen S t r a f r e c h t s zu finden sein".

Z i t e l m a n n sieht die zur Rede stehenden von der Anwendung im Inland auszuschließenden Rechtssätze also als privatrechtliche Vorschriften an, die nach unseren Vorstellungen Zwecke des Strafrechts verfolgen. Ihm entgeht, daß auch von unserem Standpunkt aus der pönale Charakter dieser Rechtssätze ihren zivilrechtlichen Gehalt nicht aufhebt, sondern zu diesem hinzutritt[1]. Die Richtigkeit einer solchen Auffassung läßt sich etwa an dem von Z i t e l m a n n [2] zitierten Hauptbeispiel der Privatstrafe[3] unschwer dartun.

F r a n k e n s t e i n schenkt den Zivilrechtssätzen strafrechtlichen Charakters an drei Stellen seines Werkes Beachtung. Bei der Darstellung der internationalprivatrechtlichen Behandlung des Ehehindernisses des Ehebruchs führt er aus[4]: "Grundsätzlich entscheidet das Personalstatut dessen, gegen den das Verbot gerichtet ist. Qualifiziert dieses aber das Verbot als Strafe, wie das bei einem dauernden allgemeinen Eheverbot meist anzunehmen sein wird, so wirkt es nur territorial, ist also außerhalb des Heimatstaates nicht anzuerkennen."

Im Kapitel über das Scheidungsurteil heißt es[5]: "Manche Rechte erlegen dem Schuldigen eine im Urteil festzusetzende Wartefrist auf, andere allgemeine Eheverbote. Bei der Würdigung solcher Normen ist zunächst zu prüfen, ob es sich um Strafvorschriften handelt, die außerhalb des heimischen Rechtsgebiets weder Geltung beanspruchen noch angewandt werden können." F r a n k e n s t e i n billigt sodann ausdrücklich das KG-Urteil aus dem Jahre 1932[6].

---

1) Näher unten S. 35
2) Zitelmann I 332, ferner II 477 f.
3) Zur Privatstrafe siehe oben S.
4) Frankenstein III 88
5) Frankenstein III 535
6) Siehe oben S. 12

Andererseits ist er der Ansicht[1], man könne die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit infolge strafrechtlicher Verurteilung ausländischer Gerichte nicht einfach mit dem Satz übergehen, daß Strafurteile nur territoriale Wirkungen hätten; das sei für die zivilrechtlichen Wirkungen eine petitio principii. "Es ist vielmehr erst durch die Auslegung der strafrechtlichen Normen zu ermitteln, ob die Wirkungen auch zivilrechtlich auf den Heimatstaat begrenzt sein sollen oder nicht. Sind sie territorial begrenzt, so besteht grenzrechtlich überhaupt kein Problem."[2] Andernfalls seien die Beschränkungen, soweit sie auf einem im Heimatstaat des Betroffenen ergangenen Urteil beruhten, vorbehaltlich des ordre public, anzuerkennen.

b) Sonstige Literatur

Im gleichen Jahre, in dem das KG seine einen Bruch mit der früheren Praxis bedeutende Entscheidung zu Art.150 ZGB[3] fällt (1932), erscheint ein Aufsatz des damaligen KG-Rats S c h u s t e r , worin dieser in ausführlicher Darstellung die Aufnahme von Eheverboten wie dem des Art.150 ZGB in ein deutsches Scheidungsurteil in Frage stellt und ablehnt[4]. Denn solche Eheverbote seien "sehr häufig ü b e r w i e g e n d Strafvorschriften ... Diese Strafvorschrift soll auch nicht etwa dem schuldlosen Ehegatten die ihm gebührende Genugtuung geben, sondern sie bedeutet eine im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffene Maßnahme ... Eine ausländische, im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffene Strafvorschrift kann ein deutsches Gericht aber nicht anwenden ... Soweit den Eheverboten ein ü b e r w i e g e n d e r Strafcharakter fehlt, wird auch der deutsche Richter sie im Scheidungsurteil auszusprechen haben ... Gegebenenfalls wird zu prüfen sein, ob die betreffende Vorschrift

1) Frankenstein I 378
2) Frankenstein a.a.O.
3) Siehe S. 12
4) Schuster RabelsZ 6,522 ff.

ü b e r w i e g e n d dem Familienrecht oder dem Strafrecht angehört."[1)]

Diese Formulierungen erinnern in manchem an die Begründung des KG in dem genannten Urteil. S c h u s t e r vermeidet allerdings den Ausdruck "öffentlichrechtliche Strafvorschriften". Er läßt keinen Zweifel daran, daß es sich bei den gemeinten "Strafvorschriften" nicht um "reine" Strafnormen handeln kann. Sein mehrfacher Gebrauch des einschränkenden "überwiegend" weist darauf hin, daß seiner Meinung nach die betreffenden Strafvorschriften jedenfalls a u c h dem Familienrecht, d.h. aber dem Zivilrecht angehören. Freilich erscheint seine Vorstellung von der A r t der Zugehörigkeit dieser Vorschriften zu beiden Rechtsgebieten kaum zutreffend. S c h u s t e r scheint ihnen gleichsam (räumlich gedacht) ein bestimmtes Volumen zuzuschreiben, mit dem sie einen Platz in den aneinander grenzenden Räumen des Zivil- und Strafrechts einnehmen: Je mehr sie in den einen Raum rücken, um so weiter müssen sie den anderen verlassen. Ob sie anwendbar sind oder nicht, richtet sich danach, in welchem sie überwiegend zu finden sind.

In Wahrheit gehören Art.150 ZGB und ähnliche Normen nicht weniger zum Familien- und Zivilrecht als sonstige Vorschriften, die Nebenfolgen der Scheidung vorsehen, und der richterliche Ausspruch des Heiratsverbots hat ein Ehehindernis zur Folge (Art.104 I ZGB), das sich in seiner Wirkung von anderen Ehehindernissen nicht wesentlich unterscheidet[2)]. Der strafrechtliche Charakter dieser Gesetze hat auf ihre Zugehörigkeit zum Zivilrecht nicht etwa einen mindernden Einfluß; er ist vielmehr ein - auf einer anderen

---

1) Schuster RabelsZ 6,524 (Hervorhebungen vom Verfasser)

2) Vgl. Neumeyer (Verwaltungsrecht 424), der bei der Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht auf die Art der Rechtsfolge abstellt.

Ebene der Betrachtung gewonnenes - zusätzliches Wesensmerkmal[1].

R a a p e setzt sich in seiner Schrift "Staatsangehörigkeitsprinzip und Scheidungsakt"[2] eingehend mit der Frage der Anwendbarkeit des Art.150 ZGB seitens des deutschen Richters auseinander. R a a p e bestreitet nicht den pönalen Charakter der Vorschrift, betont aber, daß sie a u c h Aufgaben des Zivilrechts erfülle, und bezeichnet sie als "zivilrechtliche Norm mit strafrechtlichem Einschlag"[3]. Er weist sodann nachdrücklich darauf hin, daß Art.150 ZGB keinen anderen Zweck verfolge als ähnliche Normen des belgischen, deutschen und niederländischen Rechts die das Verbot unmittelbar aussprechen und nicht erst durch den Mund des Richters. Sie alle wollten den Ehebrecher strafen und dienten dem Schutz der öffentlichen Ordnung. Ihre Verschiedenheit sei nicht so groß, daß sie nicht alle als privatrechtliche Normen anzusprechen und gleich zu behandeln seien[4]. Art.150 ZGB sei daher ebenso zu beachten, wie die bezeichneten anderen Vorschriften von uns unbedenklich angewandt würden[5].

R a a p e , der mit diesen Ausführungen den zwiefältigen Charakter des Art.150 ZGB und verwandter Vorschriften erstmalig zutreffend umschreibt, erkennt somit einen Rechtssatz des IPR, nach dem fremde Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters von der Anwendung im Inland ausgeschlossen sind, nicht an.

---

1) Vgl. schon S.12
Bei Neumeyer (a.a.O.) heißt es, ein seiner Rechtsfolge nach dem Privatrecht angehöriger Rechtssatz könne a u s s e r d e m öffentlichrechtlichen Zielen dienen. An anderer Stelle (Strafmittel 1 Anm.1) weist Neumeyer in umgekehrtem Verfahren darauf hin, daß es sich manchmal schwer entscheiden lasse, ob eine Maßregel "ausschließlich den Zweck der Strafe verfolgt oder zugleich auch anderen Interessen... des Zivilrechts dienen will... Ein reinliches entweder-oder" sei bei der Beurteilung dieser Frage häufig überhaupt ausgeschlossen.

2) Raape, Scheidungsakt 97 ff.

3) A.a.O. 99

4) Hierzu eingehend oben S. 24 ff.

5) Ebenso, unter Hinweis auf dieses Zitat, Raape, IPR 308; gegen Raape ausdrücklich Kegel (bei Soergel Randbem.94 zu Art.17).

R i e z l e r [1] nennt zwar die in Art.150 ZGB vorgesehene Wartefrist eine "öffentlichrechtliche Scheidungsstrafe, über welche außerschweizerische Gerichte nicht entscheiden können", und meint, das deutsche Gericht, das belgisches Scheidungsrecht anzuwenden habe, dürfe die in Art.298 CCB vorgesehene Wartefrist, "weil sie eine pönale ist", in das Urteil nicht einsetzen[2]. Er begründet diese Ergebnisse aber letztlich nicht mit dem Strafcharakter der betreffenden Vorschriften, sondern mit dem Grundsatz, zur Entscheidung über solche "Rechte, die der inländischen Rechtsordnung überhaupt wesensfremd" seien, fehle den deutschen Gerichten die Zuständigkeit[3].[4]

Ebenso wie R i e z l e r will R e u [5] die Nichtanwendung des Art.150 ZGB durch den deutschen Richter mit Hilfe des Begriffes der "wesensbestimmten Zuständigkeit" lösen. "Die Ausübung einer ausgesprochenen Strafmacht, einer sühnenden und vergeltenden Gewalt liegt außerhalb des wesenseigenen Zuständigkeitsbereichs des deutschen Zivilstreitverfahrens und ist deshalb abgeschnitten."[6].

N e u m e y e r [7] weist in einem Aufsatz aus dem Jahre 1907 darauf hin, daß die nordamerikanische Jurisprudenz privatrechtliche Vorschriften ausländischer Staaten, die Strafe bezwecken, von der Anwendung im Inland ausschließt. Er fährt jedoch unmißverständlich fort: "Für Deutschland indessen ist ein solcher Grundsatz schon mit Art.12 EGBGB und dessen Vorgeschichte unvereinbar."[8] Ähn-

---

1) Riezler, Zivilprozeßrecht 237 f.; ähnlich auch Riezler, Unzuständigkeit 204
2) Dabei übersieht er, daß es nach Art.298 I CCB eines richterlichen Ausspruchs des Eheverbots gar nicht bedarf, daß dieses vielmehr unmittelbar aus dem Gesetz selbst hervorgeht. Vgl. de Page Nr.610 und Raape, Scheidungsakt 98.
3) Riezler, Zivilprozeßrecht 233. - Riezler weist in gleichem Zusammenhang (Unzuständigkeit 206) auf einige Urteile englischer Gerichte hin, welche die Anwendung von fremdem "penal law" mit ganz ähnlicher Begründung ablehnen.
4) Ob ein solcher Satz in dieser allgemeinen Form tatsächlich Bestandteil des deutschen internationalen Zivilprozeßrechts ist, erscheint zweifelhaft.
5) Reu 187 f.
6) Reu 188
7) Neumeyer, Strafmittel 47 Anm.68
8) Vgl. unten S. 44 ff.

lich heißt es an einer anderen Stelle des nämlichen Aufsatzes[1]: "Verwirkungen privatrechtlichen Inhalts" entgehen "als ein Stück Zivilrecht gestaltet, auch wenn sie ausschließlich Strafzwecke verfolgen[2], dem Satz von der Unvollstreckbarkeit fremder Strafurteile."

Demgegenüber schreibt N e u m e y e r im Jahre 1936[3]: "Dagegen können mangels besonderer Unterlagen Strafurteile des Auslands in den meisten Staaten nicht vollstreckt werden, und das gilt auch für die Anerkennung von privatrechtlichen Verwirkungen, die das Ausland an die Handlung knüpft, wenn die Verwirkungen ausschließlich Strafzwecken dienen und die Anerkennung eine unmittelbare Durchsetzung der Entrechtung im Inland bedeuten würde." Und weiter heißt es[4]: "Daß Eingriffe in das Privatrecht, die auf s t r a f r e c h t l i c h e m Boden erfolgen, im Zweifel die unmittelbare Anerkennung anderer Staaten nicht finden können, entspricht einem festen Rechtszustand von weitester Verbreitung." Bemerkenswert erscheint, daß N e u m e y e r mit diesen Ausführungen nur solche Strafnormen treffen will, die nicht eine Privatstrafe vorsehen, sondern öffentlichen Zwecken dienen[5]. Diese Deutung ergibt sich insbesondere daraus, daß N e u m e y e r [6] in diesem Zusammenhang auf die eingehende Erörterung hinweist, welche die Begriffsbestimmung von "Strafrecht" in dem angezogenen Sinn im anglo-amerikanischen Rechtskreis erfahren habe. Ihr Ergebnis faßt er bezeichnenderweise wie folgt zusammen: "Man ist jetzt wohl darüber einig, daß es sich dabei um

---

1) Neumeyer, Strafmittel 47 f.

2) Gemeint sind Vorschriften, die jedenfalls nicht in dem Sinne zum Strafrecht gehören, daß sie eine der im StGB vorgesehenen Strafen oder Nebenfolgen einer Strafe normieren; es handelt sich also genau um die hier behandelten Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters.

3) Neumeyer, Verwaltungsrecht 70 f.

4) A.a.O. 430

5) Vgl. S. 14 f.

6) A.a.O. 430 Anm.88

öffentliche Strafen handeln muß, nicht um Bestimmungen die einen Privaten wegen einer mißbilligten Handlung zu Ersatzleistungen über das Maß des zugefügten Schadens hinaus verpflichten oder ihn einer verschärften Haftung unterstellen."

3. Zusammenfassung

Als Ergebnis dieser Durchsicht der deutschen Rechtsprechung und Lehre seit 1900 zur Frage der Anwendung fremder Zivilrechtssätze mit Strafcharakter im Inland läßt sich somit folgendes feststellen: In mehreren Entscheidungen, die beim überwiegenden Teil der Literatur Eingang und Billigung gefunden haben, lehnt das KG die Anwendung des Art.150 ZGB durch den deutschen Scheidungsrichter ab. Zur Begründung wird auf den Strafcharakter der Vorschrift verwiesen, ohne daß der unter diesem Gesichtspunkt die Entscheidungen tragende Satz von der Nichtanwendbarkeit solcher Vorschriften im Inland seinerseits abgeleitet oder begründet würde.

Die zunächst auffällige Tatsache, daß außer Art.150 ZGB keine sonstigen Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters in ihrer internationalprivatrechtlichen Wirkung von der Rechtsprechung erörtert sind, mag darauf beruhen, daß sie in ihrer eigenartigen Zwitterstellung noch nicht hinreichend erfaßt sind, wie die KG-Urteile in ihrer Würdigung des Art.150 ZGB zeigen, und daher die Möglichkeit des Strafcharakters mancher fremden Gesetze nicht gesehen wird[1].

Den Rang einer allgemeineren, nicht auf Art.150 ZGB beschränkten Problemstellung nimmt die vorliegende Frage nur in einem geringen Teil der Literatur ein. F r a n k e n s t e i n und R a a p e behandeln sie im Rahmen von Ausführungen über internationales Familienrecht, ausgedehnt auch auf anders ausgestaltete Eheverbote des Ehebruchs als Art.150 ZGB: F r a n k e n s t e i n [2] verneint die

---

1) So etwa der verschiedenartigen Ehebruchshindernisse ausländischer Rechte.

2) Siehe oben S. 33 f.

Anwendung, R a a p e [1] bejaht sie. In seiner allgemeinen Bedeutung wird der Satz von der Nichtanwendung fremder Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters von Z i t e l m a n n und N e u m e y e r angeführt, die sich beide für ihn einsetzen[2], N e u m e y e r allerdings nicht immer.

Die eingehendsten und auch neuesten Erörterungen des Problems finden sich bei W o l f f [3] und A r n d t [4]. Man wird der Meinung dieser Autoren daher ein besonderes Gewicht beilegen müssen. Beide lehnen die Anwendung der bezeichneten Sätze des ausländischen Rechts durch den inländischen Richter ab.

Ob die angeführten Literaturstellen ausreichen, um einen Gewohnheitsrechtssatz des deutschen IPR zu behaupten, nach dem fremde Zivilrechtssätze mit Strafcharakter von der Anwendung i Inland ausgeschlossen sind, erscheint sehr zweifelhaft: Die Rechtslehre kann durch ihre Annahmen und Dogmen nicht unmittelbar Gewohnheitsrecht erzeugen, sondern nur auf dem Umweg über eine von ihr beeinflußte Rechtsprechung, die sich zu einem festen Gerichtsgebrauch verdichtet hat. Von einem derartigen Gerichtsgebrauch aber, der den fraglichen Satz zum Inhalt hätte, kann hier kaum die Rede sein. Zwar dürfte die Tatsache, daß die im vorangehenden zitierte Rechtsprechung als Ausbeute der vergangenen 60 Jahre nicht eben als umfangreich zu bezeichnen ist, kein Hemmnis darstellen; sie ließe sich unter anderem[5] mit dem jedenfalls relativ seltenen Vorkommen pönaler Rechtssätze[6] im großen Gebäude des Zivilrechts erklären. Ausschlaggebend erscheint dagegen folgender Umstand: Zwar lehnt jene Rechtsprechung nahezu einmütig die Anwendung des Art.150 ZGB durch den deutschen Richter ab - und insoweit auf einen festen Gerichtsge-

1) Siehe oben S. 36

2) Siehe oben S. 32 f. bzw. 37 ff.

3) Siehe oben S. 29 f.

4) Siehe oben S. 31

5) Vgl. auch S. 39

6) Zu weiteren Vorschriften, die möglicherweise zu dieser Gruppe gehören, vgl. S. 66 f.

brauch zu schließen, dürfte kaum verfehlt sein -; aber ein Teil der besprochenen Urteile stützt dieses Ergebnis gar nicht auf die Nichtanwendbarkeit fremder pönaler Zivilrechtssätze[1], und die restlichen Urteile legen den Satz zwar offensichtlich ihren Entscheidungen zugrunde, verzichten aber darauf, ihn in seiner allgemeinen Form auszusprechen und seine Tragweite dogmatisch zu bestimmen. Ihre Argumentation legt vielmehr die Vermutung nahe, daß dieser Satz auch damals schon als selbstverständlich vorausgesetzt wird[2], sei es auf Grund einer älteren, in die Zeit vor Inkrafttreten des EGBGB zurückreichenden Entwicklung[3], sei es auf Grund auslegender Deutung eines als gesichert geltenden Obersatzes[4].

III. Die Frage der Anwendbarkeit ausländischer Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters in der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre vor Geltung des EGBGB

Wenn auch das IPR mit Inkrafttreten des EGBGB eine generelle Neuordnung erfahren hat, so sind hierdurch doch nur solche bis dahin geltenden Reichsgesetze (geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts) hinfällig geworden, deren Aufhebung sich aus der neuen Regelung ergibt (Art.32 EGBGB). Sollte also dem deutschen Reichsgewohnheitsrecht[5] vor Geltung des EGBGB ein Rechtssatz angehört haben, nach dem fremde Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters von der Anwendung im Inland ausgeschlossen sind, so wäre dieser, mangels einer abweichenden Normierung des EGBGB sowie einer späteren Bildung derogierenden Gewohnheitsrechts[6], als noch

1) Daß die verschiedenen stattdessen herangezogenen Begründungen nicht stichhaltig sind, wurde gezeigt.
2) Vgl. auch S. 15
3) Hierzu unter III (S. 41 ff.)
4) Hierzu unter IV und V (S. 53 ff.)
5) Landesrecht kann außer Betracht bleiben, da es gemäß Art.55 EGBGB außer Kraft getreten ist.
6) Daß eine solche nicht stattgefunden hat, ergeben die Untersuchungen unter II (S. 11 ff.)

heute geltendes Recht anzusehen[1]. Damit wird die Frage nach literarischen Anhaltspunkten aus der Zeit vor der Jahrhundertwende für das Bestehen eines Gewohnheitsrechtssatzes des fraglichen Inhalts unmittelbar bedeutungsvoll.

Im folgenden sollen deshalb Rechtsprechung und Rechtslehre, seit dem Jahre 1900 rückläufig, auf die Spuren eines solchen Satzes hin durchgesehen werden.

1. Rechtsprechung

In einem Beschluß vom 25.6.1898[2] sind die Vereinigten Zivilsenate des R G mit der Frage befaßt, ob nach den gemeinrechtlichen Kollisionsnormen die sog. Ehescheidungsstrafen dem Scheidungsstatut als dem Personalstatut des Mannes bei Klageerhebung (vgl. Art.17 EGBGB) oder - gemäß besonderer Anknüpfung - dem Personalstatut des Mannes bei Rechtskraft des Scheidungsurteils unterliegen. Das R G hält die erste Lösung für richtig und kommt damit im Ergebnis des gegebenen Falles zur Anwendung der Bestimmungen über Ehescheidungsstrafen des preußischen ALR durch ein Gericht im Geltungsgebiet des gemeinen Rechts. Sollte es sich bei diesen Bestimmungen über Ehescheidungsstrafen, wie der Sprachgebrauch vermuten läßt, um Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters handeln, so wäre demnach das R G offenbar von der Anwendbarkeit solcher fremden Normen seitens des inlän-

1) Daraus ergibt sich, daß die getrennte Prüfung von auf den gesuchten Gewohnheitsrechtssatz hinweisendem Material vor und seit Geltung des EGBGB sachlich nicht zwingend geboten ist: Es läßt sich keineswegs ausschließen, daß sich der betreffende Rechtssatz innerhalb eines längeren Zeitraumes kontinuierlich entwickelt hat, der den Zeitpunkt des Inkrafttretens des EGBGB in sich einschließt. Eine einheitliche Würdigung des gesamten aufgefundenen Materials ist daher geboten. - Wenn trotzdem an der Zweiteilung des Stoffes gemäß der vorgenommenen Gliederung festgehalten wird, so deshalb, um einen sich auf den ersten Blick anbietenden Ausgangspunkt zu haben, von dem aus die Untersuchung in beide Zeitrichtungen hin durchgeführt werden kann.

2) RGZ 41,175

dischen Richters als selbstverständlich - diesbezügliche Erörterungen fehlen in den ansonsten sehr eingehenden Ausführungen des Gerichts[1] - ausgegangen[2].

Unter E h e s c h e i d u n g s s t r a f e n hat man eine Reihe von im Anschluß an das römische Recht vom gemeinen Recht wie von der Mehrzahl der Partikularrechte vorgesehenen besonderen vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung zu verstehen[3]: Den schuldigen Teil treffen zugunsten des unschuldigen Teils verschiedene vermögensrechtliche Nachteile[4]. Sie sollen eine angemessene Entschädigung sein für die dem unschuldigen Teil durch die Scheidung genommenen Vermögensvorteile. Daß derartige Maßnahmen ihrem Wesen nach keine im öffentlichen Interesse normierten Kriminalstrafen darstellen, bedarf keines Beweises. Zweifelhaft könnte allerdings sein, ob diese Scheidungsstrafen wenigstens als Privatstrafen gelten können, oder in Wahrheit jedes Strafcharakters entbehren. Das R G bekennt sich, wohl mit Recht, ausdrücklich zu der ersteren Auffassung[5]. Seine Entscheidung

1) An einer Stelle (a.a.O. 181) nähert es sich, unter einem anderen Aspekt, dem Problem , wenn es erklärt, die lex fori über Ehescheidungsstrafen sei nicht zwingender Natur (vgl. hierzu S. 50 f.)

2) Das Ergebnis ließe sich zwar unter Hinweis auf den inter l o k a l privatrechtlichen Charakter des Falles auch damit begründen, daß der strafende Staat hier eben kein fremder ist (vgl. S.59 Anm.1); das RG läßt aber an keiner Stelle erkennen, daß diese Erwägung für seine Entscheidung maßgebend war.

3) Vgl. insbesonderere die Motive zu § 1454 BGB sowie Windscheid § 510

4) Eine engere Begriffsbestimmung läßt sich nicht geben, da das Institut sowohl unterschiedliche Vermögensnachteile umfaßt als auch in den zahlreichen Rechten in sehr verschiedenen Varianten auftritt.

5) Das RG (a.a.O. 185) weist darauf hin, daß die Ehescheidungsstrafe nicht nur als Entschädigung des unschuldigen Teils für die ihm durch die Scheidung der Ehe verursachten Nachteile, sondern auch als eine ihm gebührende Sühne angesehen werde, ferner daß die Höhe der Strafe in gewissem Umfang von der Schwere der Schuld abhänge (so etwa preussisches ALR II,1 §§ 785,786; vgl. zu diesen Kriterien oben S. 14 Anm. 1). Andererseits ist dem RG (a.a.O.) bewußt, daß der Gesichtspunkt der Strafe "nach heutiger gemeinrechtlicher Auffassung" zurücktrete und es unterdrückt an anderer Stelle (a.a.O. 179) nicht eine gewisse Skepsis gegenüber der Angemessenheit des bestehenden Sprachgebrauchs, wenn es von den "besonderen vermögensrechtlichen Folgen der

setzt also nicht schlechthin die Anwendbarkeit fremder Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters voraus, sondern nur die Anwendbarkeit solcher fremden Normen, die eine P r i v a t strafe zum Inhalt haben.

Das Gleiche gilt für eine Reihe früherer Entscheidungen, die in ähnlich gelagerten Fällen gleichfalls im Ergebnis zur Anwendung fremder Rechtssätze kommen, die Scheidungsstrafen anordnen. Es handelt sich um die reichsgerichtlichen Urteile vom 26.11.1896[1] und vom 27.5.1881[2] sowie um ein Urteil des Appellationsgerichts zu Celle vom 5.10.1877[3]. Daß auch in diesen Fällen die Gerichte sich des Privatstrafcharakters der angewandten Vorschriften bewußt waren, ist anzunehmen.

Dagegen sind Entscheidungen, welche die Anwendung fremder Normen, die eine Privatstrafe beinhalten, ausdrücklich oder stillschweigend ablehnen, nicht ersichtlich.

Man wird nach alledem in den Jahren vor 1900 einen festen Gerichtsgebrauch annehmen dürfen, nach dem fremde Rechtssätze mit dem Charakter einer Privatstrafe unbesehen beachtet werden.

Zur Frage der Anwendbarkeit auswärtiger Zivilrechtssätze, die eine Kriminalstrafe zum Gegenstand haben, ist dagegen aus der Rechtsprechung nichts Einschlägiges zu entnehmen.

2. Rechtslehre

Mögen auch die G e b h a r d s c h e n Entwürfe und Motive zum EGBGB für die Interpretation der so beträchtlich abweichenden endgültigen Fassung des Gesetzes nur eine ge-

---

Ehescheidung, die mit dem Namen Ehescheidungsstrafen auch heutzutage noch bezeichnet werden", spricht.

1) RGZ 38,196

2) RGZ 5,193; in einem obiter dictum (a.a.O. 196)

3) Seufferts Archiv Bd.33 Nr.97

ringe Bedeutung haben[1], so wird man sie immerhin als Ausdruck einer gewichtigen Stimme im Konzert der Literaturmeinungen heranziehen dürfen. - Zur Frage der Anwendbarkeit fremder Rechtssätze, die eine Privatstrafe beinhalten, enthalten diese Gebhardschen Materialien einige ausdrückliche Hinweise.

Im 1. E n t w u r f des großherzoglich badischen Ministerialrats heißt es, nachdem in § 13 I für das Recht der unerlaubten Handlung die lex loci delicti commissi als maßgeblich erklärt ist, in § 13 II[2]: "Die Zuerkennung einer nach ausländischem Rechte verwirkten Privatstrafe ist nur statthaft, wenn und soweit das inländische Recht eine solche als Folge der unerlaubten Handlung anerkennt. Und entsprechend bestimmt § 37 II Ziff.3[3]: "Dem Urteile eines ausländischen Gerichts ist die Anerkennung versagt, wenn die Verurteilung...auf Zahlung einer Privatstrafe gerichtet ist, welche das deutsche Recht als Folge des Verhaltens des Beklagten nicht anerkennt. Insoweit, so liest man in den Motiven[4], sei das inländische Recht prohibitiv[5].

Im 2. E n t w u r f formuliert Gebhard: "Auf eine bei Anwendung eines ausländischen Gesetzes sich ergebende Privatstrafe darf nicht erkannt werden" (§ 12 II)[6] und: "Dem Urteile eines ausländischen Gerichtes ist die Anerkennung versagt, wenn das Urteil die Verurteilung zu einer Privatstrafe enthält" (§ 37 II Ziff.4)[7]. Das Fehlen einer Bezugnahme auf die deutschen Sachnormen in der Neufassung begründet Gebhard mit dem Wegfall der Privatstrafen im neuen deutschen Recht[8].

---

1) Niemeyer (Vorgeschichte 1 f.) weist mißbilligend auf die gelegentlichen Versuche hin, mit Hilfe des argumentum e contrario die Entwürfe für die Ausfüllung von Lücken fruchtbar zu machen, und fährt fort, es führe "keine Brücke von ihnen zu dem Verständnis des geltenden Rechts".
2) In: Niemeyer, Vorgeschichte 6
3) A.a.O. 11
4) A.a.O. 158
5) Zu diesem Begriff vgl. S. 50 f.
6) A.a.O. 15
7) A.a.O. 21
8) A.a.O. 333

Zum Problem der Anwendung fremder Zivilrechtssätze mit dem Charakter einer Kriminalstrafe haben die folgenden Zitate einen Bezug[1]: Gebhard weist auf die privatrechtliche Bedeutung der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte durch die mit ihr verbundene Entziehung der Fähigkeit, als Zeuge bei der Aufnahme von Urkunden zu fungieren und Vormund, Nebenvormund, Kurator oder Mitglied eines Familienrats zu sein, hin und fährt fort: "Nach dem Entwurfe und den Grundsätzen des internationalen Strafrechts kann eine sich als Straffolge oder Nebenstrafe charakterisierende Ehrenminderung in Ansehung eines dem deutschen Rechte unterworfenen Verhältnisses nur in Betracht kommen, wenn sie in dem Strafurteile eines deutschen Gerichts ausgesprochen ist." Noch allgemeiner heißt es: "Die nach dem Rechte eines Staates für die Person eingetretene Minderung der bürgerlichen Ehre erstreckt und beschränkt sich auf die den Gesetzen dieses Staates unterworfenen Rechtsverhältnisse".

In diesen Sätzen wird vertreten, daß der Grundsatz von der Nichtanerkennung ausländischer Strafurteile sich auch auf deren zivilrechtliche Folgen erstrecke, allerdings nur insoweit, als das betreffende Rechtsverhältnis nicht den Gesetzen des strafenden Staates unterliegt. Infolge eben dieser Einschränkung entbehrt diese Lehre jedoch jedes Ausnahmecharakters gegenüber den allgemeinen Kollisionsnormen. Denn nach Gebhard soll sich die Rechtsfähigkeit - unter diesem Titel erscheinen die zitierten Ausführungen - ohnehin nach der lex causae bestimmen (§ 5)[2]. Er hält demnach die Anwendung fremder Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters, zumindest soweit sie die Nebenfolge eines Strafurteils zum Gegenstand haben, grundsätzlich für möglich.

In seinen "Vorschlägen und Materialien zur Kodifikation des Internationalen Privatrechts" behandelt N i e m e y e r[3] in einem längeren Abschnitt die Wirkungen von Rechtsbeschränkungen, die an ein ausländisches Strafurteil geknüpft

1) A.a.O. 82 f.
2) A.a.O. 4,13
3) Niemeyer, Vorschläge 156 ff.

sind. Er weist zunächst unter Anführung älterer Literatur darauf hin, daß in dieser Frage die Meinungen geteilt seien zwischen grundsätzlicher Nichtanerkennung ausländischer Urteile und dem Prinzip des Personalstatuts. N i e m e y e r hält beide Ansichten für nicht vollkommen befriedigend. Der ersteren wirft er insbesondere vor, daß sie sich auf die Grundsätze des internationalen Straf- und Prozeßrechts stütze, während die Rechtsfrage selbst doch zivilistischer Natur sei und hinsichtlich seiner zivilrechtlichen Folgen das Strafurteil ein Tatbestand wie jeder andere sei. Der Anwendungsbereich solcher Folgen sei ausschließlich nach den Grundsätzen des internationalen P r i v a t rechts zu bestimmen. Eine zivilistische Rechtsbeschränkung als Folge eines Strafurteils sei - entsprechend dem allgemeinen Grundsatz für die Anknüpfung der sog. besonderen Rechtsfähigkeiten[1] - dann anzuerkennen, wenn die von unserem IPR für das entsprechende Rechtsverhältnis berufene Rechtsordnung sie vorsehe. Die Antwort auf die weitere Frage, die Strafurteile welcher Gerichte in der fraglichen Hinsicht als wirksam anzuerkennen seien, überläßt N i e m e y e r nun aber nicht etwa der Rechtsordnung, die den die Rechtsfähigkeit beschränkenden Zivilrechtssatz enthält - diese Lösung bietet sich als Konsequenz des Satzes von dem Strafurteil als einem bloßen Tatbestandsteil der betreffenden Zivilrechtsnorm an sich an[2] -; er hält vielmehr dafür, daß nur die Strafurteile derjenigen Gerichte anzuerkennen seien, welche im Geltungsgebiet der maßgeblichen Sachnormen ihren Sitz hätten. Ein Strafurteil, welches eine Minderung der zivilistischen Rechtsfähigkeit ausspreche, oder welches nach der lex fori ohne weiteres eine solche Minderung zur Folge habe, ziele ausschließlich auf die Zivilrechtssätze der lex fori. Wenn N i e m e y e r [3] des weiteren von dem "territorialen Charakter der Aberkennung der Ehrenrechte" spricht, so meint

1) Nach Niemeyer (Vorschläge 143) findet die lex causae Anwendung.

2) Es entsteht dann erst gar nicht das Problem einer "Anerkennung".

3) Niemeyer, Vorschläge 159

er nach alledem nicht etwa, daß eine solche Aberkennung durch ein ausländisches Gericht im Inland jedenfalls unbeachtlich sei, sondern daß sie nur dann zu beachten sei, wenn sie von dem Gericht eines Staates ausgesprochen sei, dessen Zivilrecht nach unseren Kollisionsnormen die betreffende Minderung der Rechtsfähigkeit beherrscht. Immerhin gesteht er zu, daß auch insoweit noch die Anwendung ausländischer Rechtssätze bzw. Strafurteile hinsichtlich der Rechtsminderung ausgeschlossen sein könne oder sich doch de lege ferenda verbieten könne. "Aber derartige nationale Exklusivitäten sind nur durch das besondere Wesen der einzelnen Rechtsfrage, nicht schon durch das Dogma gerechtfertigt: 'Strafurteilen kommt keine extraterritoriale Wirkung zu'."[1]. Inwieweit "im einzelnen Falle gebieterische Gründe die Ablehnung fordern", lasse sich nicht übersehen. "A l s P r i n z i p" sei die absolute Ausschließung der Anerkennung ausländischer Strafurteile nicht zu billigen. Das Argument v. B a r s für die grundsätzliche Ablehnung der Anerkennung, Strafübel dürften durch unsere Rechtsordnung nur dann realisiert werden, wenn diese sich selbst nach Maßgabe ihres Verfahrens von der Gerechtigkeit des Übels überzeugt habe[2], sei deshalb nicht durchschlagend, weil einige durch Strafurteil begründete Rechtsbeschränkungen nicht oder nicht nur ein Strafübel, sondern vorbeugenden Schutz für dritte Personen darstellten, wie etwa die Unfähigkeit, Vormund zu sein (vgl. § 34 Ziff.4 StGB) sowie auf Strafurteil beruhende Erbrechtsbeschränkungen[3].

Im folgenden soll die Stellungnahme v. B a r s zu den anstehenden Fragen untersucht werden, der mit seinen Werken "Das internationale Privat- und Strafrecht", "Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts" und "Lehrbuch des

---

1) Niemeyer, Vorschläge 160

2) Vgl. unten S.49 ff.

3) Nach früherem russischem Recht z.B. verloren die zu Zwangsarbeit oder Verbannung nach Sibirien verurteilten Personen neben ihren Familienrechten auch die Erbfähigkeit (Niemeyer, Vorschläge 157).

internationalen Privat- und Strafrechts" neben Savigny den bedeutendsten Beitrag zur deutschen Wissenschaft des IPR vor der Jahrhundertwende geleistet hat.

V. B a r [1] will vom Grundsatz der Anknüpfung von Deliktstatbeständen an die lex loci delicti commissi insofern eine Ausnahme gemacht wissen, als die Haftung nicht auf Schadensersatz, sondern auf Zahlung einer Privatstrafe geht. Denn eine Strafe könne jeder Staat durch seine Gerichte nur soweit zuerkennen, als er dieselbe selbst für gerecht erachte. Im Falle der Privatstrafen infolge einer Ehescheidung dagegen hält v. B a r [2] ohne Einschränkung das aktuelle Personalstatut des Mannes für maßgeblich.

Zur Frage der inländischen Wirksamkeit von Beschränkungen der Rechtsfähigkeit auf Grund eines ausländischen Strafurteils führt v. B a r [3], nachdem er auf den Grundsatz der Nichtvollstreckung ausländischer Strafurteile hingewiesen hat, aus: "Zweifelhafter erscheint es, ob nicht gewisse Beschränkungen der Rechtsfähigkeit oder der persönlichen Freiheit, auf welche in einem auswärtigen Strafurteile erkannt wurde, oder welche nach dem auswärtigen Gesetz Selbstfolge der fraglichen Verurteilung sind, auch bei uns Wirksamkeit äußern müssen, sofern diese Beschränkungen in gleichen Fällen auch bei uns eintreten wurden. Der Rechtskonsequenz nach ist die Frage zu verneinen, auch in dem Fall, daß die Strafe in dem Heimatstaate des Schuldigen erkannt worden wäre; denn der Charakter jener Rechtsbeschränkungen als Zusatz s t r a f e n ist nicht zu bestreiten, und somit ist auch nicht zu bestreiten, daß die Anerkennung der Wirksamkeit dieser Beschränkungen eine teilweise Strafvollstrekkung enthält."

An anderer Stelle heißt es[4]: "Beschränkungen der Rechtsfähigkeit auf Grund eines Strafurteils können, da ihre

---

1) V.Bar, Theorie und Praxis II 118; vgl. auch v.Bar, Privat- und Strafrecht 318 und Lehrbuch 124.
Zur Vollstreckung von auf Privatstrafen gerichteten Urteilen siehe v.Bar, Theorie und Praxis II 485 f.
2) V.Bar, Theorie und Praxis I 529 sowie Lehrbuch 84
3) V.Bar, Lehrbuch 231; vgl. auch Theorie und Praxis I 410 und Privat- und Strafrecht 580 f.
4) V.Bar, Lehrbuch 61

extraterritoriale Wirksamkeit nichts anderes als teilweise Vollstreckung des auswärtigen Strafurteils darstellen würde, im Auslande nicht wirksam werden." Beachtung verdient noch der im gleichen Zusammenhang von v. B a r [1] angebrachte Zusatz: "Von der Vollstreckung eines ausländischen Strafurteils ist übrigens zu unterscheiden die A n e r k e n n u n g desselben als T a t s a c h e ; so wenn ein Gesetz etwa an die Tatsache der Verurteilung einer Person zu einer bestimmten Strafe oder wegen eines bestimmten Verbrechens eine bestimmte Rechtsfolge knüpft (z.B. wenn es die Verurteilung eines Ehegatten zu einer langdauernden und schweren Freiheitsstrafe als Ehescheidungsgrund behandelt): dann steht das ausländische Urteil dem inländischen völlig gleich."

Bei S a v i g n y finden sich keine Hinweise zu dem Problem der Anwendung fremder Privatrechtsnormen strafrechtlichen Charakters. Es sei jedoch seiner Lehre von den (sonstigen) Ausnahmefällen gegenüber den internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen Erwähnung getan. Zwar hat S a v i g n y s Lösung dieser Fragestellung, die unter dem Schlagwort "zwingende Gesetze" oder "Prohibitivgesetze" in die Literatur Eingang gefunden hat[2], und als eine der Quellen des heutigen ordre public gelten kann, in abstracto keinen unmittelbaren Bezug zu dem vorangestellten Problem. Aber es sind ausländische Sachnormen denkbar, die unter beiden Betrachtungsweisen von der Anwendung im Inland ausgeschlossen sind, und nicht selten finden sich in der älteren Literatur[3] bei der Diskussion der Berücksichtigung fremder Gesetze mit möglicherweise strafrechtlichem Inhalt Ausführungen, die auf S a v i g n y s Grundsätze zurückgehen und ohne deren Kenntnis, allein im Hinblick auf unseren ordre public, nicht voll verständlich sind: Daher sollen

1) V.Bar, Lehrbuch 233; ähnlich Theorie und Praxis I 410 Anm.14

2) Vgl. etwa v.Bar, Privat- und Strafrecht 108 ff. sowie Theorie und Praxis I 127 ff.

3) Vgl. oben S.43 Anm.1 und S. 45

die Ergebnisse des Gelehrten kurz angeführt werden.

S a v i g n y [1] unterscheidet zwei Klassen von fremden Rechtssätzen, die entgegen den geltenden Kollisionsnormen von der Anwendung im Inland ausgeschlossen sind:

Einmal sind es Sätze, die mit solchen zwingenden Normen der eigenen Rechtsordnung unvereinbar sind, die nicht lediglich erlassen sind um der Personen willen, welche Träger der Rechte sind, sondern entweder aus sittlichen Gründen (z.B. die Normierung der Monogamie) oder aus Gründen des öffentlichen Wohls, wobei diese politischer, polizeilicher oder volkswirtschaftlicher Natur sein können (z.B. ein Gesetz, das den Erwerb des Grundeigentums seitens der Juden einschränkt).

Zum anderen nennt S a v i g n y Rechtsinstitute, deren Dasein in unserem Staat überhaupt nicht anerkannt ist (z.B. bürgerlicher Tod und Sklaverei).

3. Zusammenfassung

Nach alledem lassen sich auch in der Literatur vor Geltung des EGBGB keine ausreichenden Hinweise auf einen Gewohnheitsrechtssatz, der die Anwendung fremder Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters im Inland verbietet, entdecken. Zwar wird das Problem in der Form zweier Teilfragen intensiver erörtert als in der jüngeren Literatur:
G e b h a r d [2] und v. B a r [3] halten ausländische Normen, die eine Privatstrafe zum Inhalt haben, für unbeachtlich, ohne sich offenbar des bedeutsamen Unterschiedes zwischen dem Strafzweck von Privat- und Kriminalstrafen[4] bewußt zu sein. Die Rechtsprechung dagegen wendet das international- bzw. interlokalprivatrechtlich wichtigste Beispiel der Privatstrafe, die Scheidungsstrafen auswärtiger Rechte, ohne Bedenken an.

---

1) Savigny 32 ff.
2) Siehe oben S. 45 f.
3) Siehe oben S. 49
4) Vgl. S. 14 f.

Zum zweiten ist die Frage der Beachtung von ausländischen Gesetzen, welche auf Grund eines Strafurteils die Rechtsfähigkeit beschränken, Gegenstand sorgsamer Untersuchungen. G e b h a r d [1] und N i e m e y e r [2] halten eine Zurückweisung solcher Gesetze durch den inländischen Richter nicht für gerechtfertigt, wobei nach N i e m e y e r diese Regel Ausnahmen zugänglich ist. V. B a r dagegen verweigert ihnen aus prinzipiellen Erwägungen die Anerkennung im Inland. Es sei noch darauf hingewiesen, daß in diesem Fragenkreis zwei Probleme gewissenhaft auseinanderzuhalten sind, wie die Ausführungen N i e m e y e r s und v. B a r s wenn auch nicht mit letzter Deutlichkeit, zeigen: 1) Ist a u s l ä n d i s c h e n Rechtssätzen, die eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf Grund eines Strafurteils zum Inhalt haben, die Anwendung grundsätzlich versagt oder sind sie gemäß den üblichen Kollisionsnormen zur Anknüpfung der Rechtsfähigkeit zu beachten? und 2) Ist zur Anwendung eines i n l ä n d i s c h e n Rechtssatzes, der eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf Grund eines Strafurteils vorsieht, ein ausländisches Strafurteil als ausreichend zu betrachten? - Die letztere Frage betrifft die Interpretation inländischer Sachnormen oder ist allenfalls, wenn man sie als Vorfrage betrachtet und formuliert, eine Angelegenheit des internationalen Strafprozeßrechts. Dem IPR gehört sie jedenfalls nicht an und kann daher in der vorliegenden Untersuchung außer Betracht bleiben[3].

Abschließend sei noch gesagt, daß auch eine einheitliche Würdigung des gesamten dargestellten Materials aus der Zeit vor und nach der Jahrhundertwende[4] ohne Zweifel einen Satz von gewohnheitsrechtlicher Geltung, der die Anwendung fremder Zivilrechtssätze mit Strafrechtscharakter verbietet, nicht ergeben kann.

---

1) Siehe oben S. 46
2) Siehe oben S. 46 ff.
3) Eine parallele Fragestellung tritt im Rahmen von § 6 EheG auf; vgl. S. 3 Anm. 1
4) Vgl. oben S.42 Anm. 1

IV. Der Satz von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts

Man könnte daran denken, den fremden Zivilrechtssätzen strafrechtlichen Charakters unter dem Gesichtspunkt die Beachtung im Inland zu versagen, daß sie in ihrem materiellen Gehalt öffentlichrechtlicher Natur seien[1], fremdes öffentliches Recht aber stets von der Anwendung durch die eigenen Gerichte ausgeschlossen sei.

Ist schon die erste dieser beiden Voraussetzungen recht zweifelhaft und auch bei näherem Zusehen eine Subsumtion unter den schwer bestimmbaren Begriff des öffentlichen Rechts nicht einfach, so kann der Satz von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts, nicht zuletzt wegen dieser Unbestimmbarkeit, in dieser allgemeinen Form in Deutschland heute nicht mehr als geltendes Recht angesehen werden[2]. Die Bemühungen aber in der neueren Literatur, ihn unter Zuhilfenahme prinzipiellen, meist völkerrechtlicher Erwägungen auf einen unangreifbaren Kern hin einzugrenzen, sind äußerst vorsichtig ausgefallen und wollen selbst mehr als vorläufige Bestandsaufnahmen, denn als endgültige Ergebnisse verstanden werden. M a n n [3] formuliert einschränkend dahingehend, ein Gericht dürfe nicht über einen Anspruch entscheiden, der die Geltendmachung des öffentlichen Rechts eines fremden Staates bedeute. W e n g l e r [4] nennt das Verbot der Anwendung öffentlichrechtlicher Gesetze des Auslandes eine "Generalklausel von relativer und variabler Tragweite".

Die Entwicklung scheint dahin zu gehen, daß man es ähnlich wie im Falle des ordre public der Rechtsprechung unter Einflußnahme der Rechtslehre überläßt, auf dem Wege der Entscheidung von Einzelfällen zu dem fraglichen Prinzip eine Kasuistik zu schaffen und ihm so am ehesten festere

1) Vgl. die oben (S.12,17, 18) zitierten Formulierungen der angeführten KG-Entscheidungen.

2) Vgl. Mann RabelsZ 21,3; Wengler, Unanwendbarkeit 204. Siehe auch die Bemerkung Zweigerts (Juristen Jahrbuch 1960,148 f.)

3) Mann RabelsZ 21,19; ebenso Kegel 351 f.

4) Wengler, Unanwendbarkeit 205

Konturen zu geben. - Jedenfalls erscheint es nach alledem unzulässig, aus einem Satz wie dem von der Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts durch bloße (auf abstrakter Ebene verbleibende) Begriffsinterpretation den (wiederum allgemeinen, in seiner Tragweite nicht ohne weiteres bestimmbaren) Satz von der Nichtanwendung fremden Zivilrechts mit strafrechtlichem Charakter abzuleiten. Ein derartiger Versuch empfiehlt sich um so weniger, als sich für eine mögliche Deduktion des fraglichen internationalprivatrechtlichen Satzes mit einer Regel des internationalen Strafrechts - fremdes Strafrecht bleibt im Inland unanwendbar - eine spezielle und als gesichert anzusehende Form jenes problematischen Lehrsatzes anbietet.

V. Der Satz von der Nichtanwendung fremden Strafrechts und sein sachlicher Geltungsbereich

Der deutsche und ebenso - von Ausnahmen abgesehen - der ausländische Strafrichter verurteilt[1] ausschließlich nach eigenem Strafrecht[2]. Dieses Dogma liegt der deutschen Regelung des internationalen Strafrechts unausgesprochen zugrunde[3]. Dementsprechend ist jede Anerkennung und Voll-

1) Zur ausnahmsweisen B e r ü c k s i c h t i g u n g ausländischen Strafrechts vgl. die §§ 3 II, 4 II StGB. Einen Fall, in dem eine Straftat der endgültigen Beurteilung nach ausländischem Strafrecht unterliegt, sah die ursprüngliche bis zum 6.5.1940 gültige Fassung des § 4 II Ziff.3 StGB vor; ähnlich heute noch Art.5 I 2 und Art.6 I 2 des StGB der Schweiz.

2) Die Anwendung ausländischen Z i v i l rechts dagegen kann geboten sein, soweit im Rahmen eines Straftatbestandes zivilistische Rechtsbegriffe auftauchen.

3) Da seine Richtigkeit nach heute geltendem Strafrecht keinem Zweifel unterliegt, wird es von der neueren Literatur, wenn überhaupt, nur mit wenigen selbstverständlich klingenden Worten konstatiert (vgl. etwa Maurach 64,91; Jagusch in LK Vorbem.2 zu den §§ 3-6). Sehr eindringlich jedoch etwa noch Beling 98 f.; ausführlich auch Hegler 209 ff.

Bemerkenswert bleibt, daß es keineswegs zu allen Zeiten in der Geschichte des internationalen Privat- und Strafrechts Geltung hatte, vgl. etwa die Hinweise v.Bars, Privat- und Strafrecht 504 ff. sowie Kohlers 28,68. Andererseits zieht neuerdings Wengler (Unanwendbarkeit 205) aus dem von ihm zur Frage der Anwendbarkeit fremder öffentlichrechtlicher

streckung ausländischer Strafurteile im Inland ausgeschlossen[1]. Eine den §§ 328,722,723 ZPO entsprechende Regelung kennt das deutsche S t r a f prozeßrecht nicht[2].

Insofern haben wir es beim "internationalen Strafrecht"[3] nicht mit einem System von Kollisionsnormen zu tun, wie es das IPR darstellt. Vielmehr begnügt sich das internationale Strafrecht damit, die Zuständigkeitsvoraussetzungen des deutschen Richters sowie die Anwendungsvoraussetzungen des deutschen Strafrechts festzulegen, wobei diese Voraussetzungen - das folgt zwingend aus obigem Dogma - in beiden Fällen die gleichen sind[4] [5].

"Wie ausländische Strafgesetze im Inland nicht anwendbar sind, so sind auch solche Folgen ausländischer Privatrechtsnormen unanwendbar, die strafrechtlichen Charakter haben." "Außer ausländischem Strafrecht sind auch Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters im Inland nicht anwendbar."

Gesetze eingenommenen Standpunkt (vgl. oben S.53) den Schluß, sogar der bisher unbestrittene Grundsatz, daß fremdes Strafrecht nicht durch inländische Gerichte erzwungen werden darf, verliere seine Rechtfertigung, wenn es sich um Strafgesetze handle, deren Durchsetzung nicht nur im Interesse des erlassenden Staates liege, sondern "zugleich indirekt für die internationale Ordnung und das Interesse anderer Staaten förderlich" sei.

1) Ältere Literatur zu diesem von der neueren deutschen Lehre nicht mehr besonders herausgestellten fundamentalen Satz - Neumeyer (Strafmittel 24) rechnet ihn zum Gewohnheitsrecht (anders aber Neumeyer, Verwaltungsrecht 418 Anm.38 a) - bei v. Bar, Privat- und Strafrecht 579 Anm.7.

2) In § 36 III des österreichischen Strafgesetzes heißt es sogar ausdrücklich: "In keinem Falle sind Urteile ausländischer Strafbehörden im Inlande zu vollziehen."

3) Der Name hat in den vergangenen Jahrzehnten nicht weniger häufige und heftige Kritik erfahren als die Bezeichnung "IPR".

4) Schönke 108; a.A. Jescheck IntRDipl 1,76

5) Aus diesem Grunde lassen sich auch die Normen des internationalen Strafrechts als einseitige Kollisionsnormen nicht erschöpfend charakterisieren.

So lasen wir bei W o l f f [1] bzw. A r n d t [2]. Beide Autoren sehen also zwischen jener Grundregel des internationalen Strafrechts (keine Anwendung fremden Strafrechts) und dem Satz von der Nichtanwendung fremder Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters offenbar einen engen Zusammenhang. Die Vermutung liegt nicht fern, daß sie, indem sie jene Regel des internationalen Strafrechts anführen, diesen von ihnen behaupteten Satz des IPR stützen und begründen wollen. Ob solches möglich ist, soll in diesem Kapitel untersucht werden.

Es wäre denkbar, daß sich die Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters unmittelbar unter den Begriff "Strafrecht" in dem genannten Grundsatz des internationalen Strafrechts subsumieren ließen und damit von diesem Grundsatz erfaßt würden.

Zur Entscheidung dieser Frage bedarf es einer Bestimmung des Begriffs "Strafrecht". Dabei können Gesetze, die zwar vorbeugende Maßregeln ohne Strafcharakter anordnen, aber mit Rücksicht auf die Zweispurigkeit unseres Strafrechts ohne Zweifel auch unter den modernen Sprachgebrauch des Wortes fallen[3], bei der nun vorzunehmenden Begriffsbestimmung außer Betracht bleiben, da ein Zusammenhang zwischen ihnen und den Zivilrechtssätzen strafrechtlichen Charakters von vornherein ausscheidet.

Ein Rechtsbegriff läßt sich nur unzureichend absolut definieren, man muß ihn deuten im Rahmen des Rechtssatzes, der ihn verwendet: Was mit "Strafrecht" gemeint ist, wenn es heißt, fremdes Strafrecht sei von der Anwendung im Inland ausgeschlossen, kann nur von Zweck und Bedeutung dieses

---

1) Siehe oben S.29

2) Siehe oben S.31

3) Vgl. Baumann 6; er versteht unter "Strafrecht" die "Summe der Rechtsnormen, die für eine bestimmte Tat eine bestimmte Strafe oder Maßnahme als Rechtsfolge anordnen". Vgl. auch Maurach 3.

Satzes her bestimmt werden[1]. Am leichtesten wird man sich über den inneren Grund seiner Geltung Klarheit verschaffen können, indem man ihn mit jenem fundamentalen Prinzip des IPR, das einen völligen Ausschluß der Anwendung fremder Rechtsnormen unmöglich erscheinen läßt, vergleicht[2].

Das materielle Privatrecht dient dem gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der einzelnen. Ein öffentliches Interesse ist allenfalls mittelbar im Spiele[3], insoweit dem Staat an einem geordneten und friedlichen Verkehr zwischen seinen Bürgern gelegen ist. Nur das "daß" einer privatrechtlichen Regelung liegt primär in seinem Interesse, das "wie" bestimmt sich nach seinen Vorstellungen eines billigen Ausgleichs von Einzelinteressen. Es ist nur folgerichtig, wenn das IPR, welches als Anwendbarkeitsrecht des materiellen Privatrechts ebenso wie dieses die Verwirklichung der Gerechtigkeit zwischen den einzelnen zum Ziel hat[4], den spezifisch internationalprivatrechtli-

---

1) Es handelt sich hierbei nicht eigentlich um eine Frage der Qualifikation im technischen Sinn des Wortes: Dieses Problem ergibt sich nur bei der Auslegung der von s e l b s t ä n d i g e n Kollisionsnormen verwandten Systembegriffe (vgl. Kegel 78). Das übersieht Kegel (94), wenn er die Deutung der Rechtsfolge des Art.150 ZGB als Strafe als Qualifikationsbeispiel anführt. Das wäre nur dann zutreffend, wenn allein aus Art.17 EGBGB zu entnehmen wäre, daß Scheidungsfolgen mit Strafcharakter dieser Vorschrift nicht unterlägen (wie Kegel a.a.O. sowie 278 und bei Soergel Randbem. 94 zu Art.17 offenbar annimmt). Für eine solche Annahme aber bietet Art.17 selbst keinerlei Anhaltspunkte.
Eine negative Rechtsanwendungsnorm wie die vorliegende kann, um ihre Abwehr- und Schutzfunktion sinnvoll zu erfüllen, nur vom Standpunkt der lex fori aus gedeutet werden (vgl. auch Melchior 130 zur Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht). Damit ist nicht gesagt, daß die äußere Systematik der materiellen lex fori über die Eingrenzung der gebrauchten Begriffe entscheide.

2) Vgl. auch Neumeyer, Verwaltungsrecht 115,120 und Neumeyer, Handlung 457

3) Das gilt selbst für Rechtsgebiete von erheblicher sozialer Relevanz, wie etwa das Familienrecht (vgl. Lehmann 2 ff.).

4) Vgl. Kegel 10,26

chen Interessen der Einzelnen nur so dienen kann, daß es grundsätzlich von der Möglichkeit der Anwendung fremden Privatrechts ausgeht. - Wie anders sollte es seine Funktion, u.a. den Interessen der Beteiligten an der Anwendung der Rechtsordnung, welcher sie nah verbunden sind, zu dienen, etwa bei der Beurteilung eines Erbfalles zwischen einem holländischen Erblasser mit Vermögen in Holland und seinem belgischen Erben, erfüllen? - "Um der Gerechtigkeit zwischen den Einzelnen willen wird ausländisches Recht angewandt."[1] Der völlige Ausschluß fremden Privatrechts von der Anwendung durch den inländischen Richter ist denn auch in keinem Staat gebräuchlich; er würde eine Verletzung des allgemeinen Völkerrechts darstellen[2].

Völlig anders ist die Interessenlage bei der Frage nach dem anwendbaren S t r a f recht in international gelagerten Fällen[3].

Strafrecht ist seinem Wesen nach kaum auf die Interessen Einzelner, die dem Gesetzgeber als potentiell Beteiligte vor Augen stehen, bezogen. So ist das Interesse des Verletzten am Ersatz des erlittenen Schadens dem Strafrecht entzogen und dem Zivilrecht zugewiesen. Ein etwa weitergehendes Interesse des Verletzten, die Tat gesühnt zu sehen, läßt das moderne Strafrecht grundsätzlich unberücksichtigt[4]. Auch ist ein sittlich bedingtes Interesse des Verbrechers an einer angemessenen Sühne seiner Straftat denkbar[5]. Aber hieran ist das Strafrecht nicht oder jedenfalls nicht entscheidend ausgerichtet. Im Vordergrund steht im Strafrecht als einem Inbegriff hoheitlicher

1) Kegel 352

2) Vgl. Wolff 9 und Kegel 5,75 f.

3) Vgl. schon die kurze Bemerkung Savignys (280). Zu den Unterscheidungsmerkmalen zwischen Zivil- und Strafrecht vgl. etwa auch Boehmer I 18 ff. und 152 ff.

4) Eine Ausnahme bilden die sog. Privatklagedelikte, vgl. Maurach 722

5) Hegel (§ 100, S.96) erblickt geradezu eine Ehrung des Verbrechers als eines Vernünftigen darin, daß er ein eigenes Recht auf Strafe hat, deren Begriff und Maßstab seiner Tat entnommen sind.

Rechtsverhältnisse vielmehr ein öffentliches Interesse, das Interesse einer im Staatsvolk geeinten Summe von Einzelnen, die an einer bestimmten Handlung zum weit überwiegenden Teil auch nicht passiv beteiligt sind und daher ein privates Interesse an ihrer strafrechtlichen Normierung und Verfolgung gar nicht haben können. Der Ankläger im Strafprozeß agiert denn auch nicht im eigenen Namen, sondern als Organ und im Interesse des Staates.

Nun hat zwar jeder Staat ein Interesse an der Erreichung des Strafzwecks durch die Ahndung als strafbar bezeichneter Handlungen, aber jeder Staat trägt in seinem Strafgesetzbuch ausschließlich seinen eigenen Vorstellungen von der Strafwürdigkeit einer (sittlich) verwerflichen Tat Rechnung. Entsprechend ist es im Rahmen des Anwendbarkeitsrechts des materiellen Strafrechts dem einzelnen Staat ausschließlich darum zu tun, s e i n Strafinteresse zu verfolgen, d.h. den Strafzweck in den v o n i h m normierten Fällen zu verwirklichen. Ein etwaiges (privates) Interesse des (ausländischen) Täters, nach seinem Heimatstrafrecht abgeurteilt zu werden, muß demgegenüber zurücktreten. Der Konflikt, der so bei einem Fall mit Auslandsberührung zwischen mehreren an einer Bestrafung nach eigenem Recht interessierten Staaten entsteht, wird von jedem Staat ausschließlich zu seinen eigenen Gunsten entschieden. Keinem Staat liegt daran, durch die Anwendung fremden Rechts fremde Staatsinteressen zu fördern[1], zumal wenn eine solche Praxis noch den selbstverständlichen Dienst am eigenen öffentlichen

1) Vgl. Kegel 352. Wenn im interlokalen anders als im internationalen Strafrecht die Anwendung des auswärtigen Rechts, sofern die geforderte Anknüpfung erfüllt ist, die Regel ist (vgl. Jagusch in LK Vorbem.7 zu den §§ 3 - 6), so deshalb, weil das dadurch geförderte Staatsinteresse eben kein fremdes, sondern das des eigenen (einheitlichen) Staates ist.

Interesse - in Gestalt der Anwendung eigenen Strafrechts - unmöglich macht[1].

Zwar sind die Staaten weit davon entfernt, alle Handlungen, die nach ihrem eigenen Recht Deliktscharakter haben, auch (nach diesem Recht) abzuurteilen. Aber ein Staat, der eine gewisse Verknüpfung einer Handlung bzw. einer Gruppe von Handlungen mit seinem materiellen Strafinteresse[2] nicht für gegeben erachtet, verurteilt den Täter nicht etwa nach dem der Tat näher liegenden Recht, sondern erklärt sich überhaupt für unzuständig. Der Geltungsbereich des eigenen Strafrechts wird so auf der Ebene der Zuständigkeitsregelung ermittelt. Die Streitfrage, ob ein Staat bei der Setzung seiner Zuständigkeitsnormen des internationalen Strafrechts bestimmten Beschränkungen durch das allgemeine Völkerrecht unterworfen ist[3], mag auf sich beruhen. Jedenfalls unterliegt der Satz, daß ein Staat einen Delinquenten ausschließlich nach eigenem materiellem Strafrecht aburteilt, im Gegensatz zu einer entsprechenden Regel des IPR[4], keinerlei völkerrechtlichen Bedenken.

Nach alledem fallen also unter den Begriff "Strafrecht", wenn es heißt, ausländisches Strafrecht werde vom inländischen Richter nicht angewandt, solche Normen, die unmittelbar auf ein öffentliches Interesse an der Erreichung des Strafzweckes bezogen sind.

---

1) Wenn Wengler (Rechtsgleichheit 293) dagegen meint, dem Grundsatz von der Aburteilung des Täters ausschließlich nach der lex fori liege offenbar der gleichheitsrechtliche Bedanke zugrunde, daß die Strafjustiz eines Staates alle, die ihr zur Aburteilung zugeführt werden, mit demselben Maßstab messen müsse, welcher notwendig der der lex fori sei, so wird er den spezifisch öffentlichen Zwecken des Strafrechts nicht gerecht. Mit dem von ihm geltend gemachten Gesichtspunkt ließe sich ebensogut das gleiche Ergebnis im IPR begründen.

2) Nach deutschem Recht bestimmt eine Kombination von Personal-, Territorial-, Schutz- und Universalprinzip.

3) Vgl. hierzu etwa Mayer 91 ff.

4) Siehe oben S. 58

- Schon an diesem Punkt der Untersuchung wird deutlich, daß solche Gesetze, die eine Privatstrafe zum Gegenstand haben, also ausschließlich der Genugtuung des verletzten Einzelnen dienen[1], nicht unter diesen Begriff von "Strafrecht" fallen können. -

Um mit Hilfe der gefundenen Formel wirksam abgrenzen zu können, wann ein Gesetz zum "Strafrecht" in diesem Sinne gehört, muß man von einer näheren Erläuterung des allen Strafgesetzen gemeinsamen Strafzweckes, des Sinnes der staatlichen Strafe, ausgehen. Dabei würde eine systematische Erörterung dieser schwierigen (rechts)philosophischen Frage nach Sinn und Zweck der staatlichen Strafe im Rahmen der im Thema gestellten Aufgabe verfehlt sein: Die Antwort muß der Stellungnahme der einschlägigen Literatur entnommen werden.

Als Ergebnis der schon im Altertum einsetzenden historischen Entwicklung[2], in deren Verlauf - entsprechend dem jeweiligen theologisch oder philosophisch begründeten Welt- und Menschenbild - die sog. absoluten und relativen Straftheorien als die beiden grundsätzlich denkmöglichen Positionen in oft kompromißlos einseitigen Formulierungen[3] auftraten, haben in neuerer Zeit immer mehr die sog. Vereinigungstheorien die Oberhand gewonnen, die heute als absolut herrschend anzusehen sind. Sie haben eine Synthese von relativen und absoluten Theorien und eben damit deren Aufhebung und Überhöhung zum Inhalt. Daß die Strafe, ein über den Täter verhängtes Übel, wesentlich vergeltung und Sühne der Normverletzung des Täters ist, schließt ihnen zufolge nicht aus, daß sie in der Gestalt der Strafandrohung wie der Einzelbestrafung auch den Zwecken der General- wie der Spezialprävention[4] zu dienen bestimmt ist. Insoweit stimmen alle Vereinigungstheorien überein[5], sie unterscheiden sich ledig-

1) Vgl. oben S. 14
2) Vgl. den historischen Überblick bei Mayer 28 ff.
3) Vgl. etwa die bekannten und allenthalben zitierten Dicta Senecas ("nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur", zitiert nach Maurach 47) und Kants ("Selbst wenn der Staat sich freiwillig auflöst, muß zuvor der letzte Mörder hingerichtet werden", zitiert nach Welzel 210).
4) Zu diesen Begriffen siehe Maurach 48
5) Vgl. etwa Maurach 61 f., Welzel 210 ff., Baumann 8 ff.

lich durch die ungleichartige Akzentuierung der verschiedenen Komponenten dieses mehrgestaltigen Strafzwecks, ein Unterschied, der für unser Vorhaben außer Betracht bleiben kann.

Die staatliche Strafe hat demnach nach heutiger Auffassung gleichermaßen eine dreifache Funktion: Wiederherstellung des verletzten Rechts durch Vergeltung, Abschreckung der Allgemeinheit vor unter Strafe gestellten Handlungen, Abschreckung des einzelnen Täters vor der Begehung weiterer Straftaten[1]. Und alle Gesetze, die durch Androhung von Strafe eben diese dreifache Funktion erfüllen, müssen nach der vorangegangenen Deduktion unter den Begriff "Strafrecht" im Sinne des herangezogenen Grundsatzes des internationalen Strafrechts subsumiert werden: Als "Strafrecht" sind sie von der Anwendung durch den inländischen Richter ausgeschlossen.

Man könnte vielleicht versucht sein, den vorangehenden Aufwand an Ableitungen zur Bestimmung des Begriffs "Strafrecht" für überflüssig zu halten, indem man in dem Unterbegriff "Gesetze, die von einem öffentlichen Interesse an der Erreichung des Strafzweckes getragen werden"[2] unter "Strafe" einfachhin alternativ die im ersten Abschnitt des ersten Teils des StGB unter diesem Namen aufgeführten Übel versteht[3]. Damit wäre entschieden, daß zumindest solche Zivilrechtssätze strafrechtlichen Charakters, die ein derartiges Übel nicht vorsehen, wie etwa das Ehehindernis des Ehebruchs, von jenem Grundsatz des internationalen Strafrechts nicht erfaßt würden.

Bei dieser Begriffsbestimmung bliebe aber unberücksichtigt, daß ebensowenig wie allgemein die Stellung oder gar das Fehlen einer Norm in der äußeren Systematik eines

1) Eine weitere im Allgemeinen verbleibende Deutung der in dieser Formel verwandten Begriffe empfiehlt sich nicht. Vielmehr erscheinen diese differenziert genug, um im Einzelfall - und auf einen solchen zielt unsere Untersuchung - durch Auslegung und Subsumtion der fraglichen Norm eine Abgrenzung zu ermöglichen.

2) Vgl. oben S.60

3) Siehe oben S.9 f.

bestimmten Gesetzbuches für ihre dogmatische Einordnung ausschlaggebend ist, die Aufzählung von Strafarten im StGB eine ausschließliche ist. Sie schließt keineswegs a priori aus, daß sich in den Vorschriften anderer Gesetzbücher weitere Übel, die den Namen "Strafe" verdienen, finden. Nicht nur der besondere Teil des StGB ist nicht abschließend in der Normierung von Straftatbeständen - die Zahl der strafrechtlichen Nebengesetze ist groß - auch der allgemeine Teil ist grundsätzlich offen für Ergänzungen aus anderen Gesetzbüchern[1]. Die Beschränkung des Begriffs "Strafe" auf die in den §§ 14-42n StGB aufgeführten Übel - man könnte sie als Strafen im f o r m e l l e n Sinn bezeichnen[2] - wäre daher unzutreffend. So werden von der Literatur[3] Urteilsbekanntmachung (h.M.) und Verfall (unstr.) als echte Nebenstrafen angesehen, obschon sie - wohl wegen ihrer relativ seltenen Verwendung im besonderen Teil des StGB - im allgemeinen Teil nicht erwähnt sind. Wenn man aber schon die Aufzählung von Strafen in den §§ 13-42nStGB als nicht abschließend ansieht, so kann es für den Strafcharakter weiterer Maßnahmen im Hinblick auf den ohnehin ein wenig fragmentarischen Charakter des StGB nicht von Unterschied sein, ob diese etwa im besonderen Teil des StGB oder überhaupt in einem anderen Gesetzbuch anzutreffen sind. Daß für die letztere Variante Beispiele in der Strafrechtsliteratur fehlen, beweist nicht, daß sie als unmöglich angesehen würde. Die Erklärung mag darin liegen, daß solche ohnehin seltenen Fälle der Strafrechtswissenschaft noch nicht ersichtlich wurden. - Umgekehrt werden bisweilen in den §§ 14-42n StGB vorgesehene Maßnahmen, Einziehung[4] und Polizeiaufsicht[5], trotz ihrer Stellung im Gesetz nicht als (Neben)strafen auf-

---

1) Vgl. Maurach (72), der das StGB als "Schwerpunkt des Strafrechts" bezeichnet.

2) Vgl. schon S. 13

3) Siehe Maurach 648 f.

4) So eine früher vertretene, heute überholte Meinung, vgl. Jagusch in LK Bem.I 1 zu § 40

5) Heute h.M., vgl. Jagusch in LK Bem.1 zu § 38

gefaßt. Dabei sieht die durchaus herrschende Meinung[1] das Abgrenzungskriterium zwischen Nebenstrafen einerseits und Nebenfolgen bzw. Sicherungsmaßregeln andererseits ausschließlich in dem Zweck, der Wirkungstendenz der jeweiligen Anordnung. -

Es geht hieraus hervor, daß schon in der Dogmatik des materiellen Strafrechts eine an der äußeren Systematik des StGB orientierte Bestimmung des Begriffs "Strafrecht" zu Recht als unzulänglich abgelehnt wird. Umsomehr kann im Rahmen des Satzes von der Nichtanwendbarkeit fremden Strafrechts, wie oben[2] aufgezeigt, nur ein m a t e r i e l l e r Strafbegriff, der vom Wesen des staatlichen Strafens ausgeht, seine Funktion erfüllen.

Der Satz von der Unanwendbarkeit fremden Strafrechts erfaßt alledem zufolge auch solche Rechtssätze, die (wie Art.150 ZGB) dem Zivilrecht angehören, sofern sie nur eine Maßnahme zum Inhalt haben, die gegenüber dem Betroffenen als Kriminalstrafe in dem oben entwickelten Sinn anzusehen ist[3].

---

1) Statt aller RGSt 46,131(133,135), Maurach 645; a.A. Baumann (548), der auf die äußere Stellung im Gesetz entscheidend abstellt.

2) S. 58 ff.

3) Dabei ist der Maßstab, wie die vorausgehenden Ausführungen zeigen, ein o b j e k t i v e r . Das verkennt Raape (Scheidungsakt 99), wenn er darauf abzustellen scheint, ob der Betroffene die Maßnahme als Strafe "empfindet"; gegen Raape auch Riezler, Zivilprozeßrecht 238.

VI. Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Satz von der Nichtanwendung fremden Strafrechts und den selbständigen Kollisionsnormen des IPR

Der Satz von der Unanwendbarkeit fremden Strafrechts bestimmt also, daß Zivilrechtssätze mit dem Charakter einer Kriminalstrafe von der Anwendung im Inland ausgeschlossen sind. Andererseits aber werden dieselben Zivilrechtssätze (möglicherweise) von selbständigen Kollisionsnormen des IPR ausdrücklich zur Anwendung im Inland berufen. Denn daß ein Zivilrechtssatz als strafrechtlich in seiner Zielsetzung erkannt wird, schließt ihn nicht ohne weiteres aus der Zivilrechtsordnung aus; die strafrechtlichen Ziele können vielmehr gerade dadurch verfolgt sein, daß mit zivilrechtlichen Mitteln strafend in die Sphäre des Betroffenen eingegriffen wird. So hört das Ehehindernis des Ehebruchs, sollte sich sein Strafcharakter herausstellen, damit nicht auf, als negative Voraussetzung der Eheschließung bürgerlichrechtliche Folgen auszulösen und insofern zur Zivilrechtsordnung zu gehören[1]. - Die Anknüpfung bürgerlichrechtlicher Folgen aber unterliegt grundsätzlich der Kompetenz des IPR. Damit sich der Satz von der Unanwendbarkeit fremden Strafrechts bezüglich der Zivilrechtssätze mit Strafcharakter durchsetzen kann, muß also diese Kompetenz des IPR insoweit eingeschränkt sein. Eine solche Einschränkung rechtfertigt sich daraus, daß diese Zivilrechtssätze anders als gewöhnliche Sätze des bürgerlichen Rechts n i c h t den Interessen Einzelner dienen. Es fehlt somit an einem inneren Grund, sie zur Anwendung im Inland zu berufen: Das IPR, welches eine solche Berufung um des Ausgleichs von Einzelinteressen willen vornimmt, ist nicht zuständig[2].

Die Lösung des anstehenden Kompetenzkonflikts fällt demnach nicht schwer, wenn es feststeht, daß ein Zivilrechtssatz entweder ausschließlich strafrechtliche Ziele zu ver-

1) Vgl. schon S. 10

2) Vgl. S. 57

folgen oder ausschließlich zivilrechtlichen Interessen zu dienen bestimmt ist. Es hieße jedoch die Mannigfaltigkeit lebenden Rechts unter- wie die Möglichkeit einer Wissenschaft des Rechts überschätzen, wollte man davon ausgehen, daß sich die Zielrichtung fraglicher Rechtssätze auch nur in der Regel als a u s s c h l i e ß l i c h strafrechtlich oder aber a u s s c h l i e ß l i c h zivilrechtlich bestimmen ließe. Man wird vielmehr von vornherein damit rechnen müssen, daß es Rechtssätze gibt, die s o w o h l strafrechtlichen a l s a u c h zivilrechtlichen Zwecken dienen. Bei ihnen muß es, wenn ihre Anknüpfung nach IPR oder nach internationalem Strafrecht zur Frage steht, entscheidend sein, ob sie p r i m ä r , überwiegend[1] den Zwecken des Strafrechts oder denen des Zivilrechts zu dienen bestimmt sind. Daß diese Entscheidung ohne eine sorgfältig abwägende Prüfung jeder einzelnen fraglichen Vorschrift nicht getroffen werden kann, versteht sich von selbst. Wenn daher nun in Kürze einige Beispiele angeführt werden, so geschieht das nicht mit dem Ziele, sie in eine der beiden Gruppen stringent einzuordnen, sondern um die Problematik der geforderten Unterscheidung zu veranschaulichen.

Zunächst seien einige Beispiele solcher Vorschriften gebracht, von denen ich prima facie glaube, daß sie zwar a u c h den Charakter einer Kriminalstrafe tragen, p r i m ä r jedoch auf die Interessen Einzelner bezogen sind, also Zwecken des Zivilrechts dienen. - Wenn man etwa die §§ 34 Ziff.3, 4 StGB[2] sowie 1781 Ziff.4, 1886, 2333 Ziff.2,3, 2339 I Ziff.1-4 und 1676 BGB betrachtet, so erkennt man als ihnen gemeinsam, daß sie eine zivilistische Rechtsfolge an eine strafrechtliche Verurteilung oder doch an die Begehung einer Straftat als Voraussetzung knüpfen. Läßt man die Intentionen des Gesetzgebers einmal dahingestellt sein, so wird man

1) Soverstanden, ist das "überwiegend" Schusters gerechtfertigt (vgl. S.34f.).

2) Die hier normierten Folgen einer Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte wären also weitere Beispiele (vgl. oben S.63) für solche Rechtsfolgen, die trotz ihrer systematischen Stellung im StGB nicht als echte Strafen anzusehen sind.

jedenfalls bei einer objektiven Betrachtung dieser Bestimmungen annehmen dürfen, daß sie tatsächlich den strafrechtlichen Zielen der Sühne und Prävention dienen[1]. Und doch scheint der Schutz von Einzelinteressen bzw. der gerechte Ausgleich von entgegenstehenden Einzelinteressen deutlich im Vordergrund des Gesetzeszwecks zu stehen. Die normierte Rechtsfolge läßt sich nicht in erster Linie als Ahndung einer Straftat begreifen. Die Straftat tritt vielmehr lediglich als e i n Tatbestand neben andere typisch zivilrechtliche Tatbestände, die alternativ eine bestimmte zivilrechtliche Folge auslösen[2]. Diese Rechtsfolge ist Sinn und Ziel des Rechtssatzes, und der strafrechtliche Tatbestand ist im Hinblick auf die zweckmäßige Verwirklichung dieses Zieles zu verstehen. Die Erfüllung eines Strafzwecks ist also nicht mehr als eine sekundäre Folgeerscheinung der betreffenden Vorschriften.

Ein Beispiel jener Rechtssätze des Zivilrechts, die primär strafrechtlichen Zielen dienen, dürfte etwa das Institut des bürgerlichen Todes[3] sein, das sich noch heute in einigen Rechten findet[4]. Die Frage, ob auch das Ehehindernis des Ehebruchs in diese Gruppe gehört, wird im nun folgenden zweiten Teil dieser Arbeit zu behandeln sein.

---

1) Vgl. etwa Kipp-Coing (§ 85 II), welche die Erbunwürdigkeit als "zivilrechtliche Strafe" bezeichnen und daraus ein Analogieverbot ableiten, sowie Keidel (bei Palandt Bem.1 zu § 2339), der von ihr sagt, sie sei " n i c h t n o t w e n d i g Strafe oder Sühne" (Hervorhebung vom Verfasser). - Nicht richtig dürfte es sein, solchen Normen den Charakter einer P r i v a t strafe zuzuerkennen, da die Strafe nicht dem "Verletzten" zugute kommt (vgl. S.14).

2) Beachte den Zusammenhang, in dem die genannten §§ im Gesetz stehen, so etwa die alternative Fassung des § 1886 BGB oder die Ziff.1-3 des § 1781 BGB.

3) Zu ähnlichen, minderen Beschränkungen der Rechtsfähigkeit als Straffolgen vgl. Schlink: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, V.Band 742.

4) Siehe Kegel 176 sowie Rabel I 174

Z w e i t e r T e i l

Tragen die Ehehindernisse des Ehebruchs der gegenwärtigen Rechte Strafcharakter?

I. Zusammenstellung der gegenwärtigen Ehehindernisse des Ehebruchs

Als erster Schritt zu einer Beantwortung der Ausgangsfrage des zweiten Teils soll nunmehr eine Zusammenstellung der Ehebruchshindernisse in den gegenwärtigen Rechten der Erde unternommen werden. Gleichzeitig soll versucht werden, die auftretenden Hindernisse nach ihrer individuellen Ausgestaltung in Gruppen einzuteilen. Es mag nützlich sein, zunächst in abstracto einen kurzen Überblick über die mannigfaltigen Möglichkeiten der Ausgestaltung und ihre Benennung zu geben.

Das Eheverbot des Ehebruchs kann dauernd oder zeitlich begrenzt sein. Es kann für jeden Gatten oder nur für die Ehefrau gelten. Es kann auf dem Gesetz allein beruhen oder einen richterlichen Ausspruch zur Bedingung haben. Im letzteren Fall mag dieser Ausspruch des Verbotes zwingend vorgeschrieben oder in das Ermessen des Richters gestellt sein. Eine spätere Abkürzung des für das Verbot festgesetzten Zeitraumes ist denkbar. Gründet sich das Hindernis allein auf das Gesetz, so muß man die Möglichkeit eines Dispenses in Betracht ziehen. Gewöhnlich wird es für das Verbot ausreichen, daß der Ehebruch in dem Scheidungsurteil der gebrochenen Ehe festgestellt ist. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß eine strafrechtliche Verurteilung der Ehebrecher zur Bedingung des Verbotes gemacht wird. Das Verbot mag absolut wirken in dem Sinne, daß es dem Ehebrecher eine neue Ehe schlechthin untersagt. Oder es mag relativ sein, d.h. nur zwischen den Ehebruchspartnern eine neue Ehe verbieten. Als einseitiges Ehehindernis greift es nur dann ein, wenn der wegen des Ehebruchs geschiedene Partner der Rechtsordnung, die es aufstellt, untersteht; als zweiseitiges kommt es auch dann zur Anwendung, wenn der zum Zeitpunkt des Ehebruchs unverheiratete Nupturient dem betreffen-

den Recht verbunden ist. Schließlich können an die Nichtbeachtung des Hindernisses durch die trauende Behörde verschiedene Folgen geknüpft sein: Die Wirksamkeit der geschlossenen Ehe kann unberührt bleiben; in diesem Fall ist das Hindernis ein lediglich aufschiebendes. Oder die Ehe kann wegen des Mangels nichtig oder doch aufhebbar sein; dann haben wir es mit einem trennenden Hindernis zu tun.

Diese kurze Übersicht mag ausreichen, um zu zeigen, wie komplex die Rechtserscheinungen sein können, die man unter dem Begriff "Ehehindernis des Ehebruchs" zusammenfaßt. Es soll mit ihr nicht gesagt sein, daß alle diese Unterscheidungen für die Beurteilung des Strafcharakters des Hindernisses erheblich sind. Ohne weiteres erscheint es, daß die Einteilung der verschiedenen Ausgestaltungen in absolute und relative Hindernisse am ehesten für unsere Frage bedeutungsvoll sein könnte. Denn zwischen dem Kreis der von einer Vorschrift Betroffenen und ihrem Charakter als Strafe kann nicht jeder Zusammenhang fehlen. Im Folgenden soll daher die Zusammenstellung der gegenwärtigen Hindernisse des Ehebruchs[1] im Hinblick auf ihren relativen bzw. absoluten Charakter vorgenommen werden.

1. Ehebruchshindernisse mit relativer Wirkung

B u n d e s r e p u b l i k D e u t s c h l a n d [2]

§ 6 EheG:

I. Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit dem er den Ehebruch begangen hat, wenn dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist.

---

1) Die Hindernisse fremder Rechte werden zitiert nach den Übersetzungen bzw. Darstellungen Bergmanns.

2) In der Deutschen Demokratischen Republik ist das Ehehindernis des Ehebruchs seit der Verordnung über Eheschliessung und Eheauflösung vom 24.11.1955 nicht mehr in Geltung (vgl. den eine abschließende Aufzählung der Eheverbote enthaltenden § 3 dieser Verordnung).

II. Das Vormundschaftsgericht kann von dieser Vorschrift Befreiung erteilen. Die Befreiung soll versagt werden, wenn wichtige Gründe der Eingehung der Ehe entgegenstehen.
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach § 22 EheG nichtig.

Österreich

§ 9 Ehegesetz:
I. Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit dem er den Ehebruch begangen hat, wenn dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist.
II. Von dieser Vorschrift kann Befreiung bewilligt werden. Sie soll nur versagt werden, wenn schwerwiegende Gründe der Eingehung der neuen Ehe entgegenstehen[1].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach § 26 Ehegesetz nichtig.

Liechtenstein

§ 67 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch:
Eine Ehe zwischen zwei Personen, die miteinander einen Ehebruch begangen haben, ist ungültig. Der Ehebruch muß aber vor der geschlossenen Ehe bewiesen sein[2].

Griechenland

Art.1363 Bürgerliches Gesetzbuch:
Die Ehe zwischen Personen, welche wegen Ehebruchs miteinander verurteilt worden sind, ist verboten[3].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.1372 Bürgerliches Gesetzbuch nichtig.

---

1) Bergmann, Österreich III B 2 B, S.24
2) Bergmann, Liechtenstein III B 2, S.14
3) Bergmann, Griechenland III B, S.11

N i e d e r l a n d e [1]

Art.89 BW[2]:

Wer durch Gerichtsurteil des Ehebruchs überführt worden ist, kann mit seinem Mitschuldigen an diesem Ehebruch keine Ehe eingehen[3].

Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.145 BW nichtig.

I n d o n e s i e n

Art.32 Bürgerliches Gesetzbuch:

Wer durch ein Gerichtsurteil des Ehebruchs überführt worden ist, kann mit seinem Mitschuldigen an diesem Ehebruch eine Ehe nicht eingehen[4].

Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.90 Bürgerliches Gesetzbuch nichtig.

B e l g i e n

Art.298 CCB:

I. Ist die Ehescheidung wegen Ehebruchs erfolgt, so können der schuldige Ehegatte und sein Mitschuldiger die Ehe miteinander erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Scheidung schließen.

II. Der Richter kann jedoch in dem Ehescheidungsurteil aus wichtigen Gründen eine kürzere Frist bestimmen.

III. Die Beteiligten können nach der Scheidung gleichfalls aus wichtigen Gründen bei dem Gericht, das über die Scheidungsklage entschieden hat, beantragen, daß die dreijährige Frist abgekürzt wird[5].

Das Verbot ist offenbar aufschiebend[6].

---

1) Zur Rechtslage in der Südafrikanischen Union schreibt Bergmann (Südafrikanische Union III B 1 b, S.19): "Das nach römisch-holländischem Recht bestehende Hindernis des Ehebruchs ist in Südafrika außer Übung gekommen."
2) Zur praktischen Bedeutung der Vorschrift siehe Arndt bei Erman Bem.6 a zu Art.30
3) Bergmann, Niederlande III B, S.8 b
4) Bergmann, Indonesien, III B 1, S.13
5) Bergmann, Belgien III B, S.29
6) Siehe S.5 Anm.4

L u x e m b u r g

Art.298 Code Civil:
Ist die Ehescheidung wegen eines begangenen Ehebruchs vom Gericht zugelassen worden, so kann der schuldige Ehegatte sich niemals mit seinem Mitschuldigen verheiraten[1].
Das Verbot ist offenbar aufschiebend[2].

S c h o t t l a n d

Die Ehehindernisse sind die gleichen wie in England. Dazu kommt das Ehehindernis des Ehebruchs, durch das die Ehe zwischen dem Ehebrecher und dem Mitschuldigen verboten ist, wenn der Ehebruch gerichtlich festgestellt und der Mitschuldige im Urteil genannt ist[3].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nichtig[4].

S p a n i e n

Art.84 Nr.7 Código Civil:
Ebensowenig können eine Ehe miteinander eingehen die Ehebrecher, wenn sie rechtskräftig verurteilt sind[5].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.101 Nr.1 Código Civil nichtig.

B r a s i l i e n

Art.183 VII Código Civil:
Es kann nicht heiraten der ehebrecherische Ehegatte seinen Mitschuldigen, der deswegen verurteilt worden ist[6].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.207 Código Civil nichtig.

---

1) Bergmann, Luxemburg III B, S.21
2) Siehe Bergmann, a.a.O. Fußnote 1
3) Bergmann, Großbritannien III B II 1, S.54 Fußnote 2; vgl. auch Keßler RabelsZ 1,823 Fußnote 1
4) So Bergmann a.a.O.
5) Bergmann, Spanien III B 1, S.16
6) Bergmann, Brasilien III B 2, S.17

C h i l e

Art.7 Ehegesetz:
Eine Frau kann keine Ehe mit demjenigen eingehen, mit dem sie die Ehe gebrochen hat[1].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.29 Ehegesetz nichtig.

C o l u m b i e n

Art.140 Nr.7 Código Civil:
Die Eheschließung ist nichtig, wenn die Eheschließung zwischen einer ehebrecherischen Frau und ihrem Mitschuldigen erfolgtist, sofern vor der Eheschließung der Ehebruch gerichtlich festgestellt worden ist[2].

C o s t a r i c a

Art.55 Nr.5 Código Civil:
Gesetzlich unmöglich ist die Eheschließung zwischen dem des Ehebruchs Schuldigen und seinem Mitschuldigen[3].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist, wie sich aus Art.58 Código Civil schließen läßt, nichtig.

E c u a d o r

Art.109 Nr.2 Código Civil:
Eine Ehe dürfen nicht schließen der Mann oder die Frau mit dem Mitschuldigen an dem Ehebruch[4].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.110 Código Civil nichtig.

H a i t i

Art.286 I Código Civil:
Ist die Ehescheidung wegen eines begangenen Ehebruchs vom Gericht zugelassen worden, so kann der schuldige Ehegatte sich niemals mit seinem Mitschuldigen verheiraten[5].

---

1) Bergmann, Chile III B 2, S.34
2) Bergmann, Columbien III B 2, S.23
3) Bergmann, Costarica III B 1, S.11
4) Bergmann, Ecuador III B, S.13
5) Bergmann, Haiti III B 1, S.11

Das Verbot ist offenbar aufschiebend, da es in den die Nichtigkeitsgründe enthaltenden Art.165 ff. Código Civil nicht aufgeführt ist.

H o n d u r a s

Art.99 Nr.4 Código Civil:
Ebensowenig können eine Ehe miteinander eingehen die Ehebrecher, welche als solche rechtskräftig verurteilt sind[1]. Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.141 Nr.2 Código Civil nichtig.

M e x i k o

Art.156 V Código Civil:
Ehehindernis ist der Ehebruch zwischen Personen, welche die Ehe schließen wollen, wenn dieser Ehebruch gerichtlich festgestellt ist[2]. Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.235 II Código Civil nichtig.

N i c a r a g u a

Art.110 Nr.5 Código Civil:
Absolutes[3] Ehehindernis ist der Ehebruch zwischen dem deswegen Verurteilten und dem Mitschuldigen[4].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.114 Código Civil nichtig.

P a n a m a

Art.93 Nr.3 Código Civil:
Ebensowenig können eine Ehe untereinander eingehen die Ehebrecher, welche rechtskräftig verurteilt sind[5].
Eine unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe ist nach Art.130 Código Civil nichtig.

---

1) Bergmann, Honduras III B, S.4
2) Bergmann, Mexiko III B 1, S.19
3) "Absolut" hat hier nicht die oben (S.68) zugrunde gelegte Bedeutung.
4) Bergmann, Nicaragua III B, S.11
5) Bergmann, Panama III B, S.5

Vereinigte Staaten von Amerika[1)]

Georgia

Es darf für keinen der Eheschließenden ein Heiratsverbot auf Grund eines Scheidungsurteils bestehen. Ein solches kann z.B. die Eheschließung des wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten mit seinem Mitschuldigen verbieten[2)].

Louisiana

Wer wegen Ehebruchs geschieden ist, darf seinen Mitschuldigen nicht heiraten[3)].

Pennsylvania

Wer wegen Ehebruchs geschieden ist, darf den Mitschuldigen nicht heiraten, solange der andere Ehegatte noch lebt[4)].

Puerto Rico

Personen, die wegen eines Ehebruchs verurteilt sind, können sich binnen fünf Jahren nach dem Urteil nicht miteinander verheiraten[5)].

South Dakota

Verboten ist die Ehe zwischen dem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und seinem Mitschuldigen, solange der andere Ehegatte lebt[6)].

Tennessee

Der des Ehebruchs schuldige Ehegatte kann seinen Mitschuldigen nicht heiraten, solange der andere Ehegatte lebt[7)].

---

1) Zu der komplexen, von Bergmann nicht behandelten Frage nach den Folgen einer Nichtbeachtung des Verbotes, die durchweg nicht ausdrücklich geregelt sind, siehe American Jurisprudence vol.35 § 160; für einige Einzelstaaten vgl. auch Keßler RabelsZ 1,823. - In der Regel scheint die unter Nichtbeachtung des Verbotes geschlossene Ehe nichtig zu sein.

2) Bergmann, USA, S.82
3) Bergmann, USA, S.103
4) Bergmann, USA, S.163
5) Bergmann, USA, S.166
6) Bergmann, USA, S.174
7) Bergmann, USA, S.179

I r a n

Art.1054 Bürgerliches Gesetzbuch:
Die bösgläubigen geschlechtlichen Beziehungen mit einer verheirateten Frau oder mit einer Frau, welche die Wartezeit nach der widerruflichen Verstoßung einhalten muß, begründen ein dauerndes Ehehindernis[1)2)].

I s r a e l

Ist eine Ehe wegen begründeten Verdachts des Ehebruchs geschieden worden, so darf der des Ehebruchs Verdächtige nicht die Person heiraten, die als Mitschuldige verdächtig ist. Ist eine Frau verdächtig, so kann sie den Mitschuldigen heiraten, wenn sie zunächst nach der Scheidung einen nicht des Ehebruchs verdächtigen Mann geheiratet hat.
Eine trotz dieses Verbotes geschlossene Ehe muß auf Verlangen des Rabbinats geschieden werden[3)].

2. Ehebruchshindernisse mit absoluter Wirkung

D ä n e m a r k

§ 15 II Ehegesetz:
Derjenige, dessen Ehe wegen Ehebruchs oder ähnlichen Verhaltens (§ 59) aufgelöst ist, kann eine neue Ehe nicht vor Ablauf der Frist eingehen, die dafür festgesetzt worden ist.[4)]
Das Verbot ist offenbar aufschiebend, da es in den die Nichtigkeitsgründe enthaltenden §§ 42 ff. Ehegesetz nicht aufgeführt ist.

---

1) Bergmann, Iran III B 1, S.13

2) Die Folgen einer Nichtbeachtung des Verbotes sind aus dem Gesetz nicht ersichtlich.

3) Bergmann, Israel III B 2 a, S.19

4) Bergmann, Dänemark III B 2, S.12

F i n n l a n d

§ 70 II Ehegesetz:

Wird auf Ehescheidung wegen Ehebruchs erkannt, so kann, wenn besondere Veranlassung hierzu vorliegt, das Gericht verfügen, daß der schuldige Ehegatte innerhalb eines Jahres nach Auflösung der früheren Ehe keine neue Ehe eingehen kann[1].
Das Verbot ist offenbar aufschiebend, da es in den die Nichtigkeitsgründe enthaltenden §§ 67 ff. Ehegesetz nicht aufgeführt ist.

S c h w e i z

Art.104 ZGB[2]:

I. Ein geschiedener Ehegatte darf während der ihm auferlegten Wartefrist eine neue Ehe nicht eingehen.
II. Wenn geschiedene Ehegatten sich wieder miteinander verheiraten, so kann der Richter diese Frist abkürzen[3].

Art.150 ZGB:

Wird die Ehe geschieden, so ist im Urteil dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf ein bis zwei Jahre und im Falle der Scheidung wegen Ehebruchs auf ein bis drei Jahre zu untersagen[4].
Art.130 ZGB bestimmt ausdrücklich, daß das Verbot aufschiebende Wirkung hat.

T ü r k e i [5]

Art.96 Bürgerliches Gesetzbuch

I. Die geschiedenen Ehegatten dürfen während der ihnen auferlegten Frist keine neue Ehe eingehen.

---

1) Bergmann, Finnland III B 2, S.20
2) Zur Umgehung dieser Vorschrift durch die schweizerische Praxis siehe H.N. RabelsZ 21,727 Fußnote 4
3) Bergmann, Schweiz III B 2, S.19
4) Bergmann, Schweiz III B 2, S.24
5) Das aus dem Recht der Türkei zitierte Ehehindernis ist zwar kein solches des Ehebruchs; es scheint jedoch, was seinen Strafcharakter und die sich hieraus ergebende internationalprivatrechtliche Problematik angeht, dem Ehehindernis des Ehebruchs so verwandt zu sein, daß ein Hinweis auf es gerechtfertigt ist. - Gleiches gilt für die im Folgenden angeführten Eheverbote nach den Rechten von El Salvador, Massachusetts, Michigan, North Dakota, Vermont und West Virginia.

II. Diese Frist kann durch den Richter abgekürzt werden, falls die geschiedenen Ehegatten sich wieder untereinander verheiraten wollen[1].

Art.142 I Bürgerliches Gesetzbuch:
Wenn der Richter die Scheidung ausspricht, bestimmt er eine Frist von wenigstens einem, höchstens zwei Jahren, während welcher der schuldige Teil sich nicht wieder verheiraten darf[2].

E l S a l v a d o r

Art.151 Nr.1 Código Civil:
Der schuldige Ehegatte kann eine neue Ehe erst nach Ablauf von drei Jahren nach der Ehescheidung eingehen[3].

Art.156 Código Civil:
Wer zweimal geschieden worden ist, kann keine weitere Ehe eingehen, es sei denn, daß die frühere Scheidung auf Grund gegenseitigen Einverständnisses erfolgt oder, wenn sie aus anderen gesetzlichen Gründen ausgesprochen ist, daß er nicht als der schuldige Ehegatte erklärt worden ist[4].

V e r e i n i g t e S t a a t e n v o n A m e r i k a[5]

M a s s a c h u s e t t s

Nachdem das Urteil endgültig geworden ist, kann der Kläger sofort wieder heiraten, der Beklagte erst nach zwei Jahren, solange der Kläger lebt[6].

M i c h i g a n

Geschiedene Personen können nicht heiraten, soweit in dem Scheidungsurteil die Wiederverheiratung beschränkt ist[7][8].

1) Bergmann, Türkei III B, S.11
2) Bergmann, Türkei III B, S.15
3) Bergmann, El Salvador III B 1, S.9
4) Bergmann, El Salvador III B, S.10
5) Beachte S.75 Anm.1
6) Bergmann, USA, S.114
7) Bergmann, USA, S.115
8) Diese Beschränkung ist offenbar vom Verschulden abhängig; vgl. Keßler RabelsZ 1,823.

M i s s i s s i p p i

Eine geschiedene Person kann nicht wieder heiraten, wenn ihr durch das Scheidungsurteil die Wiederverheiratung untersagt ist[1].
Wird die Scheidung wegen Ehebruchs ausgesprochen, so kann das Gericht die Wiederverheiratung der schuldigen Person verbieten[2].

N e w Y o r k

Eine wegen Ehebruchs schuldig geschiedene Partei kann keine neue Ehe eingehen, solange der andere Ehegatte lebt, es sei denn, daß das Scheidungsgericht nach drei Jahren wegen guter Führung die neue Eheschließung gestattet. Ist die Ehe in einem anderen Staat oder Land geschieden, so kann der schuldige Ehegatte bei Lebzeiten eines früheren Ehegatten nach drei Jahren wieder heiraten, wenn das Urteil nach dem Gesetz des Ehescheidungsortes kein Ehehindernis ist[3].

N o r t h D a k o t a

Ist einer der Ehegatten geschieden, so hängt die Zulässigkeit einer neuen Eheschließung von den Bestimmungen des Scheidungsurteils ab[4]. In dem Urteil ist auch zu bestimmen, ob und wann die eine Partei oder beide eine neue Ehe eingehen können[5].

V e r m o n t

Wer als schuldig geschieden ist, darf, solange der andere Ehegatte lebt, keine Ehe vor Ablauf von zwei Jahren eingehen[6].

---

1) Bergmann, USA, S.121
2) Bergmann, USA, S.122
3) Bergmann, USA, S.143
4) Bergmann, USA, S.152
5) Bergmann, USA, S.153
6) Bergmann, USA, S.186

V i r g i n i a

Ein Verlobter, dessen frühere Ehe geschieden ist, darf nicht heiraten, solange ihm durch das Scheidungsurteil eine neue Verheiratung untersagt ist[1].
Bei einer Scheidung wegen Ehebruchs kann das Gericht dem schuldigen Teil die Wiederverheiratung verbieten; diese Beschränkung kann nach sechs Monaten vom Gericht aus besonderen Gründen aufgehoben werden[2].

W e s t V i r g i n i a

Wer geschieden ist, darf keine neue Ehe vor Ablauf der gesetzlichen oder gerichtlichen Wartefrist eingehen[3].
Der schuldigen Partei kann für die Dauer eines Jahres die Wiederverheiratung verboten werden[4].

II. Der Strafcharakter der vorgefundenen Ehehindernisse des Ehebruchs

Wir stehen nunmehr vor der entscheidenden Frage nach dem Strafcharakter der aufgeführten Ehebruchshindernisse. Kann man sagen, daß diese Hindernisse in ihrem Wesen eine Kriminalstrafe darstellen? Das heißt, dienen sie der Sühne einer von der Rechtsordnung mißbilligten Handlung sowie der Prävention ähnlicher Handlungen? Insbesondere, steht der Strafzweck bei diesen Ehebruchshindernissen so im Vordergrund, daß er ihre zivilrechtliche Zweckbestimmung überwiegt und als primär angesehen werden kann? - Ob es sich bei ihnen um "Strafrecht" in diesem Sinne handelt, ist, wie oben[5] bemerkt, anders als bei gewöhnlichen Qualifikationsfragen, vom Standpunkt der lex fori aus zu entscheiden[6]. U n s e r e Auffassungen vom Wesen der Strafe und vom Sinn des Ehebruchs-

1) Bergmann, USA, S.189
2) Bergmann, USA, S.191
3) Bergmann, USA, S.197
4) Bergmann, USA, S.199
5) S.57 Anm.1
6) So auch nach anglo-amerikanischem Recht; vgl. Wolff, Private International Law 150 Anm.2, sowie Nußbaum, Grundzüge 121

hindernisses und seiner entsprechenden Einordnung sind maßgebend. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß es nur auf eine Betrachtung der im eigenen Recht vorgefundenen Form des Hindernisses ankomme; andere Ausgestaltungen in fremden Rechten sind eigens zu würdigen, insoweit sie in einer Richtung, die den Strafcharakter beeinflussen könnte, von unserem Recht abweichen.

Wenn man jedoch die tatsächlich vorhandenen Ehebruchshindernisse der fremden Rechte überblickt, so sind prima facie solche Abweichungen, die einen entscheidenden Schluß hinsichtlich des Strafcharakters der Hindernisse zuließen, nicht ersichtlich. Einzelheiten wie die der Befristung, des Dispenses, der formellen Voraussetzungen oder der Wirkung des Hindernisses bei Nichtbeachtung liegen offenbar außerhalb einer so allgemeinen und grundsätzlichen Fragestellung wie der nach dem Strafcharakter. So dürfte es unerheblich sein, ob das Verbot dauernd oder zeitlich begrenzt ist (beide Formen zeitlicher Dauer sind im Strafrecht gleichermaßen üblich), und ob eine Dispensmöglichkeit vorgesehen ist oder nicht (der Dispens läßt sich zwanglos unter dem Begriff der Gnade in einen strafrechtlichen Zusammenhang einordnen). Bedeutungslos scheint auch zu sein, ob das Hindernis als aufschiebendes oder trennendes ausgestaltet ist: Auch im ersteren Fall kommt die verbotene Ehe in der Regel nicht zustande, d.h. die sühnende Wirkung bliebe bei beiden Ausgestaltungen die gleiche. Auch werden potentielle Ehebrecher nicht mit derartig außergewöhnlichen Umständen rechnen, die den Standesbeamten widerrechtlich die Trauung vornehmen lassen und damit eine gültige Ehe zur Folge haben; das bedeutet, auch die abschreckende Wirkung würde sich an beide Ausgestaltungen in gleicher Weise knüpfen.

Allenfalls könnte der Unterschied zwischen absoluter und relativer Wirkung des Verbotes relevant sein: Ein Hindernis, das dem Rechtsbrecher die Wiederverheiratung schlechthin verbietet, dürfte eine stärkere sühnende und vor allem präventive Wirkung ausüben und damit eher auf einen Strafzweck hinweisen als ein nur relativ wirkendes Hindernis. Denn jenes trifft gerade auch den besonders verantwortungslosen

Ehebrecher, der bei der Tat nicht den Willen hat, sein illegales Handeln eines Tages in eine von der Rechtsordnung gebilligte Dauerbeziehung zu überführen. Ihm wird gleichsam die Fähigkeit genommen, auf dem Gebiet seines Versagens weiter an der Rechtsordnung teilzunehmen. Diese Wirkungen werden beim nur relativ wirkenden Hindernis nicht erzielt. - Außerdem scheidet beim absolut wirkenden Hindernis ein nichtstrafbezogener Gesichtspunkt der Begründung aus, der beim relativ wirkenden möglicherweise am Platze ist, nämlich daß ein öffentliches Ärgernis vermieden werden soll, das sich an einer späteren Legalisierung eines ehebrecherischen Verhältnisses entzünden könnte. - Auf Grund dieser Überlegungen bietet sich der Schluß an, daß der überwiegende Strafcharakter des Ehebruchshindernisses, sollten wir ihn bei der relativen Ausgestaltung bejahen, bei der absoluten Ausgestaltung erst recht anzunehmen ist.

Nach alledem ist es von größter Wichtigkeit, die Deutung, welche das relativ wirkende Ehebruchshindernis des deutschen Rechts in der Literatur gefunden hat, unter dem Gesichtspunkt des Strafcharakters dieses Hindernisses zu untersuchen.

1. Der Strafcharakter des deutschen Ehebruchshindernisses in der Literatur

Aus der Fassung des das Ehehindernis des Ehebruchs enthaltenden § 6 EheG läßt sich unmittelbar nichts zur Frage des Strafcharakters dieses Hindernisses ablesen. Auch die Motive zum Entwurfe des BGB - das Ehebruchshindernis war zunächst in § 1312 BGB enthalten - schweigen insoweit völlig. Ihre Diskussion des Für und Wider des Hindernisses, von der man Aufschluß über die Frage erwarten sollte, beschränkt sich auf folgenden Satz: "Wenngleich für die gänzliche Beseitigung des Eheverbotes wegen Ehebruchs erhebliche Gründe angeführt werden können, so hat der Entwurf doch mit Rücksicht auf das bestehende Reichsrecht (§ 33 Nr.5 des R.Ges. v. 6. Februar 1875) Abstand genommen, das hier fragliche

Verbot zu übergehen."[1)2)]

Um einiges interessanter sind die Kommissionsprotokolle. Nach ihnen wurde von den Gegnern des Ehebruchshindernisses geltend gemacht, es sei nicht, "wie etwa das Ehehindernis der Bigamie, der Verwandtschaft im Wesen der Ehe begründet, sondern sei eine positive Vorschrift, welche bezwecke, von der Begehung des Ehebruchs a b z u s c h r e c k e n [3)] und den begangenen Ehebruch zu b e s t r a f e n [3)]. Indessen sei es erfahrungsgemäß nicht geeignet, den ersteren Zweck zu erreichen, und wenn der Ehebruch begangen sei, so werde in zahlreichen Fällen der öffentlichen Sittlichkeit besser dadurch gedient, daß das Gesetz die Verehelichung der Ehebrecher zulasse, als dadurch, daß es sie verbiete. Dem Verbote der Eheschließung unter den Ehebrechern sei bei weitem die Auffassung des englischen und amerikanischen Rechts vorzuziehen, nach welcher der des Ehebruchs schuldige Ehegatte für verpflichtet gelte, denjenigen, mit dem er Ehebruch begangen habe, zu heiraten. Dazu komme, daß eine Dispensation vom Ehehindernisse des Ehebruchs unvermeidlich anerkannt werden müsse, hierdurch aber dieses Ehehindernis vollends einer abschreckenden Wirkung beraubt werde.Es empfehle sich daher, die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Ehe unter Ehebrechern der Sitte und der Religion zu überlassen."[4)] - Von den Befürwortern des Hindernisses, die sich vor allem auf seine traditionelle Geltung stützten, wurde erwogen, ob man die Ehe nur verbieten solle "zwischen dem wegen Treuebruchs geschiedenen Ehegatten und seinem Mitschuldigen, d.h. demjenigen, welcher sich auch seinerseits des Ehebruchs schuldig gemacht habe, so daß die Ehe zulässig sein solle, wenn derjenige, mit welchem der später geschiedene Ehegatte die Ehe gebrochen habe, von dem Bestehen der Ehe keine Kenntnis gehabt habe, weil derselbe sonst durch die Unzulässigkeit der Eheschließung unschuldig b e s t r a f t [5)] werden

1) Motive IV 24
2) Zur Dürftigkeit einer solchen "Begründung" vgl. Kimmig JW 1913, 73 f.
3) Hervorhebungen vom Verfasser
4) Mugdan 696 f.
5) Hervorhebung vom Verfasser

würde. Gegen diese Regelung spreche jedoch, daß in dem Ehescheidungsurteile über die Schuld des an dem Ehebruch beteiligten Dritten nicht entschieden werden könne, und daß es auch nicht angehe, die Prüfung dieser Schuld dem Standesbeamten aufzuerlegen."[1)]

In dem Kommissionsbericht schließlich heißt es an einer Stelle: "Nur wenn es bekannt sei, daß vom Ehehindernis des Ehebruchs eine Befreiung nicht erteilt werden könne, erfülle das Ehehindernis seinen Zweck dahin, daß es von der Begehung eines Ehebruchs a b s c h r e c k e"[2)3)].

Es soll nun die seit Erlaß des BGB erschienene Literatur zur Frage des Strafcharakters des Ehebruchshindernisses untersucht werden.

In einem Aufsatz von K i m m i g [4)] aus dem Jahre 1913 heißt es: "Vielmehr haben wir es mit einer Vorschrift zu tun, die wesentlich s t r a f rechtlicher Natur ist, außerhalb des eigentlichen Eherechts liegende Zwecke verfolgt und dem Wesen der Ehe geradezu zuwiderläuft."

K r i e g [5)] spricht in einem Aufsatz von 1914 wiederholt von dem Ehebruchshindernis als einer Strafe.

Martin W o l f f [6)], der das Ehebruchshindernis als einen Mißgriff bezeichnet, schreibt zur Begründung, es wirke nicht a b s c h r e c k e n d - er setzt also voraus, daß es nach dem Willen des Gesetzgebers so wirken soll -, schon weil es dispensabel und die Befreiung die Regel sei.

S a s s e [7)] nimmt 1931 Stellung zu unserer Frage im Rahmen einer Auseinandersetzung um die Zweiseitigkeit des Hindernisses. Er meint, von einem Strafzweck könne ernstlich nicht die Rede sein. Es scheint ihm eine hinreichende Begründung für diese Ansicht zu sein, daß in den Kommissionsberatungen zum BGB die Mehrheit die Beibehaltung des Ehe-

1) Mugdan 697
2) Hervorhebung vom Verfasser
3) Mugdan 1192
4) JW 1913,75
5) DJZ 1914,860
6) Familienrecht 57
7) Gruchot 71,215 ff.

bruchshindernisses lediglich damit begründete, "daß man in Bezug auf die sittliche Beurteilung des Ehebruchs nicht einer laxeren Auffassung huldigen dürfe als das damals nach dem Personenstandsgesetze schon geltende Recht".[1] Im einzelnen führt S a s s e aus: "Die wahren Gründe für das Bestehen des Ehehindernisses dürften demnach nur auf dem Gebiete sittlicher Gefühlsanschauungen liegen und zwar in der Richtung zu suchen sein, daß es insbesondere für den unschuldigen und durch den Ehebruch betrogenen anderen Ehegatten in hohem Maße kränkend sein kann, wenn sich die Ehebrecher einander heiraten, nachdem sie durch den Ehebruch die bisherige Ehe zur Scheidung gebracht haben, daß deshalb aber auch die Umwelt diese neue Ehe als ärgerniserregend empfindet. Das Ehehindernis als Strafe für die Ehebrecher anzusehen, ist aber mit modernen Rechtsanschauungen nicht vereinbar. Dem Strafzwecke zu genügen, ist dem § 172 StGB vorbehalten geblieben. Ebenso ist übrigens die Auffassung abzulehnen, daß das Ehehindernis des Ehebruchs abschreckend zu wirken vermöge. Dem widerspricht schon die Erfahrung des täglichen Lebens."[2] - Es mag stimmen, daß ein Ehebruchshindernis zu Strafzwecken mit modernen Rechtsanschauungen nicht vereinbar ist, sowie daß diese Strafzwecke nicht einmal erreicht werden. Hieraus folgt jedoch keineswegs zwingend, daß der Sinn des Ehebruchshindernisses daher anderweitig begründet sein müsse. Es könnte vielmehr der Fall sein, daß das Hindernis, sieht man von seinem wahrscheinlichen Strafcharakter ab, jeden Sinn vermissen läßt, daß es also, um mit Martin W o l f f zu reden, ein "Mißgriff" ist. Der Hinweis auf sittliche Gefühlsanschauungen und das Ärgernis, das eine Ehe der Ehebrecher bedeute und das zu vermeiden sei, wirkt als einzige Begründung des Hindernisses dürftig. Die Vermutung liegt nicht fern, daß dieser Gedanke von jenen als Begründung herangezogen wird, die nicht geneigt sind, die Konsequenzen aus der Einsicht in das Überholte

1) Sasse Gruchot 71,217
2) Gruchot 71,217 f. sowie Anm.43

einer Strafe des Ehebruchshindernisses zu ziehen. Bei S a s s e kommt noch ein anderes Interesse hinzu, den Strafcharakter des Hindernisses zu verneinen: Aus verschiedenen Gründen hält er das Ehebruchshindernis für ein zweiseitiges. Als solches würde es aber, da ein Verschulden des am Ehebruch Beteiligten nicht vom Gesetz verlangt wird, eine Bestrafung ohne Schuld nicht ausschließen. Dieses Bedenken, das S a s s e ausdrücklich ausspricht und in dessen Rahmen er seine Diskussion des Strafcharakters des Hindernisses s t e l l t [1], ist somit durch eine Negation des Strafcharakters am einfachsten zu beseitigen.

S o e l l i n g [2] behandelt im Jahre 1927 die Frage der Doppelseitigkeit des deutschen sowie des niederländischen Hindernisses des Ehebruchs und führt in diesem Zusammenhang aus: "Und sicher wird man gegen die Annahme der Doppelseitigkeit des Ehehindernisses den aus der geschichtlichen Entwicklung erkennbaren Zweck des § 1312 BGB als einer Ehescheidungs s t r a f e [3] anführen dürfen. Eine Bestrafung hat nur dann innere Rechtfertigung, wenn sie an einem Schuldigen vollzogen wird... Einen schuldlosen 'Mitschuldigen' durch ein Eheverbot zu strafen, fehlt es an sittlicher und vernunftgemäßer Rechtfertigung; mit Recht würde eine solche Strafvorschrift als unverständlich und unsittlich empfunden werden."

A n z schreibt in einer Kommentierung des "Großdeutschen Eherechts": "Der Gesetzgeber sieht ... in dem Eheverbot nicht mehr so sehr eine S ü h n e [3] für das von den Verlobten begangene Unrecht und eine Genugtuung für den durch den Ehebruch gekränkten Ehegatten aus der früheren Ehe, sondern in erster Linie ein Mittel zur Verhütung weiterer unglücklicher und damit auch vom Standpunkt der Volksgemeinschaft unerwünschter Ehen."[4]

---

1) Vgl. Sasse Gruchot 71,215
2) SAZ 1927,136
3) Hervorhebungen vom Verfasser
4) Anz bei Volkmar u.a. Bem.5 zu § 9 EheG von 1938; ähnlich, aber ausführlicher Anz JW 1938,2072

Bei L e h m a n n [1] liest man, das Ehebruchshindernis sei "im Interesse der Familienreinheit" aufgestellt. - Wenn es auch nicht ohne weiteres verständlich ist, was mit "Familienreinheit" genau gemeint ist, so wird man jedenfalls L e h m a n n so interpretieren dürfen, daß dem Interesse der Familienreinheit gedient wird, insofern das Hindernis von einem ehebrecherischen Eindringen in die Familie a b s c h r e c k t .

In einem 1940 erschienenen Aufsatz behauptet S c h m i d t - L e i c h n e r [2]: "Der S t r a f charakter[3] des Ehebruchs[4] ist weggefallen". Andererseits aber findet sich bei ihm der Satz: "Die Befreiung vom Ehehindernis ist ein G n a d e n a k t [3][5] des Staates, den nur würdige Volksgenossen verdienen."[6]

L ü k e [7] ist in einem Aufsatz von 1962 der Meinung, es sei "mit der Würde des Menschen schlechthin unvereinbar.., daß er für seinen Ehebruch zivilrechtlich an den Pranger gestellt, in der praktischen Auswirkung also mit einer Scheidungs s t r a f e [3] belegt wird." Er glaubt sogar: "Ist ... der Ehebrecher strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden (§ 172 StGB), so muß ernsthaft erwogen werden, ob in der Aufrechterhaltung des Eheverbots ein Verstoß gegen Art.103 Abs.3 GG (ne bis in idem) zu erblicken ist."(!)[8]

Auch B e i t z k e [9] geht auf den Strafcharakter des Hindernisses nicht ausdrücklich ein, schreibt aber, es dürfte kaum vom Ehebruch a b h a l t e n . Im übrigen moniert er eindringlich die "weiteren Unsittlichkeiten", zu denen das Verbot in der Praxis führt.

M ü l l e r - F r e i e n f e l s [10] weist rechtsvergleichend auf einige Ehehindernisse des Ehebruchs mit

---

1) Lehmann 51
2) DGWR 1940,260
3) Hervorhebungen vom Verfasser
4) Gemeint ist offenbar der "Strafcharakter des Ehehindernisses des Ehebruchs".
5) Ähnlich spricht Bergenroth (JW 1938,2706) von der Befreiung als einem "Gnadenerweis".
6) Schmidt-Leichner DGWR 1940,261
7) NJW 1962,2181
8) Lüke a.a.O.
9) Beitzke 34 f.
10) Müller-Freienfels 347 f.

absoluter wie auch mit relativer Wirkung hin. Beide Arten der Ausgestaltung dienen nach seiner Meinung S t r a f - zwecken. Für ihn ist "der ganze Gedanke einer solchen zivilrechtlichen Bestrafung höchst fragwürdig".

In einer Entscheidung des Jahres 1953 war das O V G M ü n s t e r [1] mit der Frage konfrontiert, ob die Verweigerung der Befreiung vom Ehebruchshindernis nach damals geltendem Recht[2] als ein mit der Verwaltungsklage angreifbarer Verwaltungsakt anzusehen sei. Von einem Verwaltungsakt könne nicht die Rede sein, so argumentiert das Gericht, falls die Befreiung ein Gnadenakt wäre. Da der Begriff des Gnadenaktes aber nach seiner Meinung auf die Befreiung von Strafen und strafrechtlichen Nebenfolgen beschränkt ist, wird die Frage nach dem Strafcharakter des Ehebruchshindernisses für die Entscheidung ausschlaggebend. Das Gericht verneint einen solchen Strafcharakter mit folgenden Worten: "Das Eheverbot des Ehebruchs stellt aber keine S t r a f e und auch keine kriminelle Nebenstrafe dar. Vielmehr tritt das Eheverbot als eine zivilgesetzliche Folge dann ein, wenn in einem zivilrechtlichen Scheidungsurteil der Ehebruch als Grund der Scheidung festgestellt worden ist ... Das Eheverbot hat auch gar nicht zum Ziele, die Beteiligten zu b e s t r a f e n oder sonst zu benachteiligen. Es findet seine Begründung vielmehr darin, daß der Staat die allgemeine Auffassung von dem hohen sittlichen Werte der Ehe und die Ehe als rechtliche Institution überhaupt schützen will."[3] - Dieser Interpretation des Ehebruchshindernisses durch das OVG ließe sich entgegnen, daß sie eine überzeugende Alternative zur Deutung des Verbotes als Strafe vermissen läßt. Denn auf welche Weise soll der "Schutz der Ehe als rechtlicher Institution" durch das Ehebruchshindernis gefördert werden? - Nicht durch die Aufrechterhaltung der gebrochenen Ehe; denn ihre Scheidung setzt das Verbot ja gerade voraus; möglicher-

1) NJW 1953,1240

2) Zur heutigen Rechtslage siehe etwa die redaktionelle Anm. in FamRZ 1962,27

3) OVG Münster NJW 1953,1240; dem OVG folgt Wüstenberg in RGRK Anm.2 zu § 6 EheG

weise durch die Verhinderung einer neuen von vornherein als gefährdet erachteten Ehe; hauptsächlich aber wohl durch die Abschreckung von dem eheschädigenden und scheidungsfördernden ehebrecherischen Verhalten. Abschreckung aber ist ein Wesensmerkmal von Strafe[1].

In einer Besprechung der soeben genannten Entscheidung redet G u g g u m o s[2] zwar von der "S t r a f e des Nichteinanderheiratenkönnens". Auch schreibt er, das deutsche Recht wolle die Ehebrecher "sowohl strafrechtlich wie zivilrechtlich empfindlich benachteiligen". Andererseits lehnt er aber das Ergebnis des OVG mit der Begründung ab, echte Gnadenerweise seien nicht nur bei Strafen, sondern auf allen Rechtsgebieten möglich. - Hieraus könnte man schließen, daß er das Ehebruchshindernis gerade nicht als Strafe ansieht, die Befreiung bzw. ihre Versagung aber gleichwohl wegen ihres Gnadencharakters für unanfechtbar hält. Die von G u g g u m o s gegebene Begründung für das Ehebruchshindernis sieht denn auch vollkommen von seinem möglichen Strafcharakter ab: "Das Eheverbot wegen Ehebruchs beruht auf der Auffassung, daß der Ehebruch ein so schweres Verbrechen gegen das Wesen der Ehe bedeutet, daß nicht zu erwarten ist, daß zwei Personen, die sich so sehr gegen die Heiligkeit der Ehe verfehlt haben, eine richtige Ehe miteinander führen werden."

Eine zufriedenstellende und eindeutige Antwort auf die Frage nach dem Strafcharakter des Ehebruchshindernisses läßt sich nach alledem aus der Literatur zu dem Hindernis des deutschen Rechts nicht entnehmen. Allerdings verdient festgehalten zu werden, daß die Stimmen, welche sich f ü r den Strafcharakter des Hindernisses aussprechen, überwiegen.

---

1) Vgl. oben S.61 f.

2) NJW 1953, 1540

2. Historische Formen des Ehebruchshindernisses als Indiz für seinen Strafcharakter

Bevor eine abschließende Stellungnahme zum Strafcharakter des Ehehindernisses des Ehebruchs gewagt wird, soll seine Geschichte daraufhin untersucht werden, ob sie Anhaltspunkte zur Beantwortung der Frage bietet. Denn die historische Entwicklung eines Rechtsinstitutes kann für die Deutung, die es in seiner gegenwärtigen Gestalt erfährt, nicht belanglos sein[1]. Nicht selten geraten bestimmte Aspekte eines historisch gewachsenen Institutes in Vergessenheit, da sie für die gegenwärtige Fragestellung der Praxis bedeutungslos erscheinen. Stellt sich die Annahme der Bedeutungslosigkeit jedoch als irrig heraus, so kann oft nur ein Weg in die Geschichte die in der Gegenwart verdeckten, aber gleichwohl für die Gegenwart relevanten Aspekte des betreffenden Institutes freilegen und sie damit für die Deutung des geltenden Rechtes fruchtbar machen. Mehr noch als auf anderen Rechtsgebieten, wo das Recht gewaltigen gesellschaftlichen (insbesondere industriellen) Umwälzungen in verhältnismäßig kurzer Zeit Rechnung zu tragen hatte, rechtfertigt sich die Heranziehung historischen Materials auf einem so sehr von einer kontinuierlichen Entwicklung getragenen Sektor wie dem des Eherechts.

Wenn im Folgenden die Geschichte des Ehehindernisses des Ehebruchs untersucht wird, so kann nicht eine lückenlose Darstellung dieser Geschichte das Ziel der Untersuchung sein. Vielmehr wird es darauf ankommen, nur solche historischen Befunde heranzuziehen, die Schlüsse auf den Strafcharakter des Hindernisses zulassen. Da die vorgefundenen Ehebruchshindernisse ganz überwiegend abendländischen Rechtskreisen angehören[2], müssen ihre Vorbilder besonders im römischen sowie im kanonischen Recht gesucht werden[3].

---

1) Zum Thema des historischen Elements im Privatrecht vgl. den Aufsatz Fikentschers: Les rapports du droit privé et de son histoire.
2) Näher hierzu unten S. 100 f.
3) Dazu, daß dem germanischen Recht ein Eheverbot des Ehebruchs nicht bekannt ist, vgl. Vogel 5 ff.

a) Im römischen Recht

Das altrömische Recht kennt ein Ehehindernis des Ehebruchs nicht. Vielmehr haben der betrogene Ehemann - der Begriff des Ehebruchs erfaßt nur den außerehelichen Verkehr des w e i b l i c h e n Ehepartners - sowie der die väterliche Gewalt über die ehebrecherische Frau Ausübende das Recht, die Bestrafung der Schuldigen selbst zu übernehmen. Es ist ihnen anheimgestellt, die in flagranti ertappte Frau und ihren Mitschuldigen - auch ein Mann konnte also im rechtlichen Sinne die Ehe brechen, nur nicht seine eigene - eigenhändig zu töten[1]. Noch in der l e x J u l i a de adulteriis coercendis vom Jahre 18 v.Chr. wird dem Inhaber der väterlichen Gewalt, nicht mehr jedoch dem Ehemann, diese Strafbefugnis zuerkannt[2]. - "Erfolgte nun aber, entsprechend den aufgestellten Rechtssätzen, die Tötung der Schuldigen wegen Ehebruches, was bei der Schwere des Verbrechens in ältester Zeit und bei der Sittenstrenge der alten Römer wohl regelmäßig der Fall gewesen ist, so wurde damit auch zugleich eine Eingehung der Ehe zwischen den Ehebrechern von vornherein ausgeschlossen, ohne daß es hierfür noch eines besonderen gesetzlichen Eheverbotes bedurft hätte. War also auch ein durch den Ehebruch als solchen entstehendes Eheverbot im altrömischen Recht nicht ausdrücklich anerkannt, so kann doch immerhin der Ehebruch in Verbindung mit den strafrechtlichen Bestimmungen tatsächlich als Ehehindernis angesehen werden."[3]

Auch die genannte l e x J u l i a de adulteriis coercendis stellt noch kein im strengen Sinne zivilrechtlich wirkendes Ehebruchshindernis auf[4]. Das Neue dieses Gesetzes liegt vielmehr in der Bestimmung, daß die Ehe mit einer verurteilten adultera scheidungspflichtig ist. Diese Scheidungspflicht aber wird mit strafrechtlichen Mitteln erzwungen,

1) Schreiber 17; vgl. auch Kiesling 3 f.
2) Vgl. Triebs 24 ff.
3) Schreiber 18
4) So mit Recht Kiesling 4 gegen Schreiber 18; nicht eindeutig Kaser I 272 Anm.7: "Die Ehebrecherin darf bei Strafe nach der 1. Julia de adult. nicht wieder heiraten."

dadurch daß die fortbestehende Ehe für beide Teile als lenocinium behandelt wird[1]. Auch in diesem Stadium der Rechtsentwicklung in Rom[2] besteht offenbar noch kein Bedürfnis nach einem bürgerlichrechtlichen Ehebruchshindernis. "Es war dies ... nicht erforderlich, da als Strafen für die Ehebrecher Relegation, Deportation nach verschiedenen Inseln ... vorgesehen war, so daß schon aus diesem Grunde regelmäßig (wenn sich die Ehebrecher nicht der Strafe entzogen) eine Ehe zwischen den Ehebrechern nicht in Betracht kommen konnte ... Infolge dieser Strafbestimmung, die ganz allgemein jeden, der eine offenbar ehebrecherische Frau heiratete, eine Verurteilung befürchten lassen mußte, wurde tatsächlich eine Ehe mit der Ehebrecherin gemieden. Diese Strafbestimmungen kamen so i n i h r e r W i r k u n g[3] einem aufschiebenden Ehehindernis zwischen der Ehebrecherin und jedem Dritten gleich."[4] (!)

Ein im heutigen Sinne bürgerlichrechtliches Ehehindernis des Ehebruchs mit trennender Wirkung wurde ins römische Recht erst im Jahre 556 durch J u s t i n i a n eingeführt[5]. Es hat folgenden Wortlaut: "Wenn ein wegen Ehebruchs Angeklagter durch Verrat der Richter oder auf irgendeine andere Weise den vom Gesetz angeordneten Strafen entgeht und hierauf mit der Frau, wegen welcher er angeklagt worden ist, einen lasterhaften Umgang hat, oder sie zur Ehegattin nehmen sollte, sei es zu Lebzeiten ihres Mannes oder nach dessen Tode, so befehlen wir, daß die Ehe nicht gelten solle."[6]

Lassen sich aus der Entwicklung des römischen Ehebruchshindernisses, wie sie hier skizziert wurde, irgendwelche Schlüsse auf den Strafcharakter des Verbotes ziehen? - Auf-

1) Vgl. Mommsen 700
2) Zu der Entwicklung des Ehebruchshindernisses im Anschluß an die lex Julia vgl. insbesondere Mayer-Maly Zeitschrift für Rechtsgeschichte, kan. Abt. 73, 384 ff.
3) Hervorhebung vom Verfasser
4) Vogel 4
5) Nov. 134,12; vgl. Kaser II 115
6) Zitiert nach Vogel 4

schlußreich erscheinen zunächst die Bemerkungen, mit denen verschiedene Schriftsteller ihre Darstellung des Ehebruchshindernisses im römischen Recht zusammenfassend abschliessen:

"Von einem durch den Ehebruch als solchen entstehenden Hindernis ist dem römischen Recht nichts bekannt, sondern der Ehebruch kann nur in Verbindung mit den strafrechtlichen Bestimmungen als Ehehindernis angesehen werden."[1)]

"Das römische Recht suchte durch strafrechtliche Maßregeln schon zur Zeit des sittenstrengen alten Römertums, noch mehr seit Augustus jede adultera, seit Constantin auch den verurteilten adulter von der Ehe überhaupt auszuschliessen und ließ es hierbei auch bewenden, so daß Ehen zwischen adulter und adultera ungeachtet ihrer Bestrafung immerhin möglich blieben. Nur in dem einen in der Novelle 134 besonders hervorgehobenen Falle war das adulterium ein bürgerlichrechtliches Ehehindernis, das die Ehe zu einer nichtigen machte."[2)]

"Es ergibt sich also, daß das römische Recht durch Strafdrohung t a t s ä c h l i c h eine Ehe der schuldigen Ehefrau mit jedem und daher auch mit dem ehebrecherischen Dritten verhindern wollte und daß nur bei einem angeklagten Ehebrecher, wenn also ein Strafverfahren schon eingeleitet war und er sich diesem entzogen hatte, ein r e c h t l i c h e s trennendes Hindernis zwischen ihm und dem ehebrecherischen Dritten bestand. Grund des Ehehindernisses war also nicht der Ehebruch als solcher, sondern der Versuch, sich der Bestrafung wegen des Ehebruchs zu entziehen."[3)]

Man darf diesen Äußerungen im Rahmen unserer Fragestellung umsomehr Beachtung schenken, als sie unter rein historischer Zielsetzung verfaßt sind und somit des Verdachtes, eine unausgesprochen bereits entschiedene Interpretationsfrage des geltenden Rechts nurmehr historisch untermauern zu wollen, von vornherein frei sind.

1) Sack 4; ähnlich schon Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860,262

2) Kiesling 4 f.

3) Vogel 4 f.

Nach alledem dürfte es schwer sein, an dem engen inneren Zusammenhang zwischen einer Bestrafung des Ehebruchs und dem Ehehindernis des Ehebruchs im römischen Recht zu zweifeln. Von Anfang an, so wird man sagen können, ist eines der Mittel, womit man den Ehebruch straft, d.h. den begangenen Ehebruch an dem Täter sühnt sowie die Allgemeinheit von der Begehung dieses Deliktes abschreckt, das Verbot der Wiederverheiratung des Ehebrechers. Es erweist sich lediglich zunächst als überflüssig, dieses Verbot eigens auszusprechen, da es in der verhängten Strafe, wie Tötung oder Deportation, de facto aufgeht[1]. - Bemerkenswert ist, daß in diesem Stadium der Entwicklung das Hindernis notwendig ein absolutes ist: Der Tote bzw. Deportierte kann nicht nur mit seinem Mitschuldigen keine neue Ehe eingehen. - Erst als im Laufe der Entwicklung die alte Sittenstrenge nachläßt, was im Fall des Ehebruchs bedeutet, daß seine Begehung häufiger, seine Bestrafung dagegen laxer wird[2], kommt die Wiederverheiratung eines Ehebrechers als praktische Möglichkeit in Betracht, die nach einer Maßnahme des Gesetzgebers ruft. Noch ist der sittliche Makel, der dem Ehebruch anhaftet, so groß, daß jede Wiederverheiratung des Ehebrechers als strafbare Unzucht angesehen wird. Erst als die Zersetzung der überkommenen Sitten und die Kluft zwischen formellem Ehebruchsstrafrecht und Rechtswirklichkeit so erheblich geworden sind, daß der Gesetzgeber nicht mehr umhin kann, diese Erscheinungen als dem Normalfall entsprechend anzuerkennen, tritt eine letzte Milderung der Ehebruchsstrafe ein: Sie wird zu einem trennenden, relativen Verbot der Ehe zwischen den Ehebrechern, das keinen strafrechtlichen Sanktionen mehr unterliegt. Aber selbst in diesem letzten Stadium ist von einer privatrechtlichen Zielsetzung des Ehebruchshindernisses, die aus dem Wesen der Ehe als Zivilrechtsinstitut folgen würde, nichts zu erkennen. Es bleibt eine, wenn auch in seiner Schärfe reduzierte, Bestrafung eines

1) Vgl. Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860,261: Die römischen Strafgesetze seien "auf die Wirkung berechnet", eine Ehe der Ehebrecher auszuschließen.

2) Schon das Rom Cäsars ist ein "Paradies der Ehebrecher" genannt worden (Triebs 5).

kriminellen Vergehens[1].

Unsere Frage kann daher dahingehend beantwortet werden, daß im römischen Recht das Ehehindernis des Ehebruchs in seiner absoluten wie in seiner relativen Ausgestaltung seinem Wesen nach den Charakter einer Kriminalstrafe trägt.

b) Im kanonischen Recht[2]

Auch im kanonischen Recht der katholischen Kirche gibt es zunächst ein eigens aufgestelltes Ehehindernis des Ehebruchs nicht. Daß es trotzdem tatsächlich zu einer Heirat der Ehebrecher nicht kommt, hat seinen Grund in der kirchlichen Bußpraxis[3]: Der Ehebruch[4], eine schwere Sünde, wird als ein so verwerfliches Verbrechen angesehen, daß er mit lebenslänglicher Buße gesühnt werden muß[5]. Mit der Buße aber als einem Zustand der Einkehr und Entsagung ist die Eingehung einer Ehe grundsätzlich unvereinbar[6]. "Demnach hatte die Kirche in den ersten Jahrhunderten ihres Bestehens keine Veranlassung, für den Fall des Ehebruchs ein besonderes Eheverbot aufzustellen".[7] - "Eine hemmende Einwirkung gegen Ehen von Ehebrechern übte die alte Kirche lediglich durch ihre strafrechtlichen Mittel."[8]

Im 8. und 9. Jahrhundert wird die Bußpraxis allmählich gemildert: Die für den Ehebruch verhängte Buße wird zu einer zeitlichen. Damit wird die Wiederverheiratung des Ehebrechers

1) Mit Recht spricht Mayer-Maly (Zeitschrift für Rechtsgeschichte, kan. Abt. 73,387) von der "primär strafrechtlichen Konzeption" der Bestimmung des Justinian.
2) Zu diesem Abschnitt vgl. vor allem Freisen 615 ff. sowie Scherer 385 ff.
3) Hierzu siehe besonders Schwarz 8 ff.
4) Daß nach kirchlichem Recht von Anfang an auch der Mann die Ehe (und zwar seine eigene) brechen kann, sei am Rande erwähnt.
5) Vogel 10
6) Vgl. Freisen (671 ff.), der geradezu von einem "Ehehindernis der Buße" spricht und das Ehebruchshindernis als einen Unterfall desselben behandelt.
7) Schreiber 26
8) Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860,265

nach Ablauf der Bußzeit[1] zu einer praktischen Möglichkeit, die eine offizielle kirchliche Stellungnahme erforderlich macht. Diese erfolgt auf dem Konzil von F r i a u l im Jahre 796[2]: Der Ehebrecherin wird lebenslänglich die Wiederverheiratung untersagt. Der Grund für dieses Verbot liegt in der zu leistenden Buße, die also, was diese spezielle Folge angeht, entgegen dem Zug der Zeit wieder als eine dauernde statuiert wird[3]. Darüber hinaus wird allgemein bestimmt, daß keine Person, die einmal bußfällig geworden ist, also auch kein Ehebrecher, ohne ausdrückliche Erlaubnis des Bischofs eine Ehe eingehen kann.

Erst diese Einräumung eines freien bischöflichen Ermessens, welche zu Mißbräuchen sowie zu einer weitgehenden Rechtsunsicherheit Anlaß gibt, führt dazu, das Verbot der Wiederverheiratung von der Bußpraxis zu lösen und für bestimmte Fälle genau zu formulieren. So wird auf dem Konzil von M e a u x [4] das Eheverbot beschränkt auf die Ehe zwischen den Ehebrechern. Aus dem früher absoluten Hindernis ist ein relatives geworden. Zwar ist es in den Regelfällen dem Bischof nach wie vor überlassen, nach Ablauf der Bußzeit den Ehebrechern die Eheschließung zu erlauben. In einem wichtigen Ausnahmefall jedoch soll das Verbot indispensabel sein, nämlich wenn einer der Ehebrecher den betrogenen Gatten getötet hat[5].

Eine endgültige Trennung des Ehebruchshindernisses von der Bußpraxis ist das Ertebnis des Konzils von T r i b u r[6] Hier wird die Verheiratung der Ehebrecher, unabhängig von der ihnen obliegenden Buße, unter Verbot gestellt. Die Dispensmöglichkeit bleibt grundsätzlich erhalten; ausgeschlossen wird sie aber für den (weiteren) Fall, daß der Ehebruch mit einem ausdrücklichen Eheversprechen zwischen den Ehebrechern für den Fall des Todes des betrogenen Gatten ver-

---

1) Selbstverständlich - es gibt keine Ehescheidung - unter der Bedingung, daß der betrogene Ehegatte inzwischen verstorben ist.
2) Conc. Friaul (796), c. 10
3) Vgl. Freisen 624 f.
4) Conc. Meaux (845), c.69 (C.31,q.1,c.5)
5) Vgl. Schreiber 27
6) Conc. Tribur (895), c.40 (C.31,q.1,c.4)

bunden ist. Neben dem so konstituierten Ehehindernis des Ehebruchs bleiben die bußrechtlichen Verpflichtungen der Ehebrecher zwar de iure bestehen, werden aber kaum noch befolgt und verlieren so immer mehr an praktischer Bedeutung[1].

Es ist G r a t i a n , der um 1150 das Ehehindernis des Ehebruchs auf die beiden von den Konzilen zu Meaux bzw. Tribur herausgestellten Fälle[2] beschränkt[3]: Er verbietet die Ehe dann, wenn zu dem Ehebruch a) das Eheversprechen der Ehebrecher für den Fall des Todes des unschuldigen Teiles oder b) eine zumindest geplante Tötung des unschuldigen Teiles durch einen der Ehebrecher hinzukommt. Weiter stellt G r a t i a n unmißverständlich fest, daß eine unter Nichtbeachtung des Hindernisses geschlossene Ehe nichtig sein soll. In dieser Form hat das Ehebruchshindernis im Recht der katholischen Kirche die Jahrhunderte überdauert und ist 1917 unter can. 1075 in den Codex Iuris Canonici aufgenommen worden.

Auffallend ist die Parallele der historischen Entwicklung zwischen dem römischen und dem kanonischen Recht[4]: Hier wie dort ist das Ehebruchshindernis in der Frühzeit nicht als solches unter den negativen Voraussetzungen der Eheschließung normiert, sondern implizit in dem geltenden Ehebruchsstrafrecht enthalten[5]. Hier wie dort tritt mit einer Milderung der Strafpraxis das Bedürfnis auf, das Hindernis als solches zu formulieren, wenn es auch in seinen Voraussetzungen noch auf eine Bestrafung wegen des Ehebruchs bezogen bleibt. Hier wie dort erfordert es schließlich die Rechtssicherheit im Hinblick auf die fortschreitende Aufwei-

---

1) Vogel 11, vgl. auch Freisen 626 f.
2) Mit einer geringfügigen Abweichung
3) Ad C.31,q.1, c.3
4) Inwieweit das kanonische Recht vom römischen Recht unmittelbar beeinflußt worden ist, ist eine ebenso schwierige wie umstrittene Frage; vgl. Freisen 627, Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860,262 f. und besonders den diesem Thema gewidmeten Aufsatz Mayer-Malys Zeitschrift für Rechtsgeschichte, kan. Abt. 73,382 ff.
5) Vgl. Kiesling 5 f.

chung der Strafpraxis, das Hindernis völlig von dieser zu trennen und es als selbständiges bürgerlichrechtliches Institut einzusetzen. - Mit diesem letzten Schritt finden ebenfalls zwei weitere der Entwicklung immanente Tendenzen ihren Abschluß: Das Hindernis ist von einem absoluten zu einem relativen sowie von einem aufschiebenden zu einem trennenden geworden.

Im kanonischen wie im römischen Recht erscheint somit das Ehebruchshindernis als das selbständig gewordene Relikt einer ehemals umfassenden, später aber mehr und mehr außer Geltung gekommenen Buß- bzw. Strafpraxis.

Einige Zitate neuerer Kirchenrechtler mögen zeigen, daß der strafrechtliche Charakter dieses Reliktes trotz der Fremdheit, welcher der Bußpraxis in ihrer Gesamtheit für uns anhaftet, nicht völlig dem modernen Bewußtsein entschwunden ist:

"Sieht man auf die Größe des Verbrechens, so rechtfertigt sich ein Verbot der Ehe zwischen den Ehebrechern schon durch den Gesichtspunkt, daß demselben v o r g e b e u g t[1] werde, wenn die Hoffnung auf Verehelichung abgeschnitten ist."[2)]

"Das Ehehindernis hat seinen Grund darin, den unbedingt strafbaren Willen der Contrahenten zu vernichten, weshalb alle Folgen eintreten sollen, die etwa noch im Stande sind, von dem Ehebruche a b z u h a l t e n [1)]. Es gründet sich dasselbe also auf den verbrecherischen Willen der Contrahenten."[3)]

"Die Kirche ließ sich bei der Aufstellung dieses Verbotes ... von dem Gesichtspunkt leiten, daß der Begehung des Ehebruchs am besten v o r z u b e u g e n [1)] sei, wenn der Hoffnung auf einstige Verehelichung, welche in der Regel die Triebfeder des Verbrechens sein wird, ein unübersteigliches Hindernis entgegenstehe."[4)]

---

1) Hervorhebungen vom Verfasser
2) Schulte 307 f.
3) Schulte 311
4) Schwarz 41

Auch im kanonischen Recht trägt das Ehehindernis des Ehebruchs nach alledem das Wesen einer Kriminalstrafe.

c) In der nachreformatorischen Rechtsentwicklung

Es ist gerade dieser Strafcharakter, der in der Frühzeit des evangelischen Kirchenrechts das Ehebruchshindernis untragbar erscheinen läßt[1]. So finden sich etwa in L u t h e r s Schrift "Vom ehelichen Leben" die vielzitierten Worte: "Laster und Sünde soll man s t r a f e n[2], aber mit anderer Strafe, nicht mit Eheverbieten."[3] Außerdem weist L u t h e r auf das alttestamentliche Beispiel König Davids hin[4]. Ähnlich lehnt auch M e l a n c h t h o n das Hindernis als unbiblisch ab[5]. Zunächst folgt die Praxis der evangelischen Kirche dieser Auffassung. Im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts jedoch gewinnen in ihr im Zuge einer umfassenden Entwicklung die betreffenden Bestimmungen des kanonischen Rechts wieder beschränkte Geltung. Dieser geschichtliche Vorgang ist zwar für den Historiker nicht uninteressant[6], er eröffnet aber hinsichtlich des Strafcharakters der Bestimmungen keine neuen Aspekte. - Hingewiesen sei noch auf die sich in dieser Zeit bildende Übung, in dem Scheidungsurteil dem ehebrecherischen Teil das Verbot der Wiederverheiratung ausdrücklich aufzuerlegen[7].

---

1) Zum Recht der reformierten Kirche, das sich demgegenüber in dieser Frage von vornherein dem kanonischen Recht anschließt, siehe Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860,295 ff.
2) Hervorhebung vom Verfasser
3) Zitiert nach Vogel 17
4) Um ein vollständiges Bild von Luthers Gesinnung in diesem Punkte zu gewinnen, muß man freilich von der (bisweilen unterdrückten) Tatsache Kenntnis nehmen, daß er für die Ehebrecher von der weltlichen Obrigkeit die Todesstrafe fordert (vgl. Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860,276).
5) Vgl. Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860, 277 f.
6) Vgl. etwa Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860,287 ff. oder Vogel 19 f.
7) Siehe Herrmann Jahrbücher für Deutsche Theologie 1860,292

Auch aus der Regelung des Ehebruchshindernisses in den Partikulargesetzgebungen des 18. und 19. Jahrhunderts[1] und im Personenstandsgesetz von 1875[1] lassen sich hinsichtlich des Strafcharakters des Institutes keine neuen Einsichten gewinnen.

Der Grund der Unergiebigkeit der nachreformatorischen Entwicklung des Ehebruchshindernisses für unser Thema liegt auf der Hand: Mit dem Abschluß seiner Entwicklung im römischen bzw. kanonischen Recht ist das Ehebruchshindernis f o r m e l l vollkommen aus seinem ursprünglichen strafrechtlichen Zusammenhang ausgeschieden; als Ehehindernis hat es sich zwanglos der äußeren Systematik des bürgerlichen Eherechts eingefügt. Die Frage nach seinem Charakter als m a t e r i e l l e r Strafe bleibt unter diesen Umständen natürlich unbehandelt, solange sie nicht aus einem konkreten Anlaß als erwägenswerte Frage von Relevanz erkannt wird.

3. Der Strafcharakter der geltenden Ehebruchshindernisse auf Grund der historischen Befunde

Hat man die Bedeutung der Frage - etwa unter dem hier angesprochenen internationalprivatrechtlichen Aspekt - gesehen, so wird man sich der Einsicht kaum verschließen können, daß es sich bei dem Verbot in der Tat um eine Strafe handelt: Schon die oben[2] angeführte Literatur zum Ehebruchshindernis im geltenden deutschen Recht weist deutlich, wenn auch ohne eingehende Begründung, auf seinen Strafcharakter hin. Der Rückblick auf die historischen Wurzeln dieses Verbots hat vollends gezeigt, daß es primär den strafrechtlichen Zwecken der Sühne (Buße) und Abschreckung dient.

Nichts anderes aber gilt für die Ehebruchshindernisse der außerdeutschen Rechte. Auch sie sind ohne ihre Vorbilder im römischen bzw. kanonischen Recht nicht denkbar, mag nun im Einzelfall der römischrechtliche Einfluß (wie im Fall des

1) Hierzu ausführlich Vogel 95 ff.
2) S.82 ff.

französischen Rechts und seiner Tochterrechte[1]) oder der unmittelbar kanonistische Einfluß (wie im Fall des spanischen Rechts und seiner Tochterrechte) oder der kanonistische Einfluß im Umweg über das evangelische Kirchenrecht (wie im Fall der skandinavischen Rechte[2]) bestimmend gewesen sein. Auch die Ehebruchshindernisse im Recht Schottlands sowie in den Rechten einiger Staaten Nordamerikas gehen - dem common law ist wie dem germanischen Recht ein solches Institut unbekannt[3]) - auf kontinentaleuropäische Vorbilder zurück[4]). Etwas anderes gilt allenfalls für die in den Rechten Israels und des Iran angetroffenen Hindernisse; hier wird man Einflüsse aus dem alten jüdischen Recht[5]) bzw. aus dem mohammedanischen Recht[6]) vermuten dürfen. Diese Hindernisse sind jedoch in ihrem Inhalt den in den übrigen Rechten gefundenen Verboten so ähnlich, daß eine unterschiedliche internationalprivatrechtliche Behandlung sich ohnehin kaum rechtfertigen dürfte.

Im übrigen ist man bei dem historischen Rückblick erstaunt, alle jene Varianten, die das Ehebruchshindernis in den geltenden Rechten aufweist, in der Entwicklung des römischen und kanonischen Hindernisses von einem rein strafrechtlichen zu einem (formell) zivilrechtlichen Institut wiederzufinden. Ob das jeweilige Eheverbot eine strafrechtliche Verurteilung wegen Ehebruchs voraussetzt oder nicht, ob es einen Dispens vorsieht oder nicht, ob seine Modalitäten richterlichem Ermessen unterstellt sind oder nicht,

---

1) In Frankreich selbst wurde das Hindernis schon 1904 aufgehoben (vgl. Vogel 59 ff.). Zu den Abschaffungstendenzen in Belgien, denen 1935 ein Teilerfolg beschieden war, vgl. Mirguet Internationales und Ausländisches Personenrecht 1938, 339 ff.

2) Zur Abschaffung des Hindernisses im schwedischen und norwegischen Recht siehe Vogel 29 f. bzw. 34; zur Verwandtschaft des finnischen Eherechts mit dem schwedischen siehe Vogel 34

3) Siehe Vogel 5 ff. sowie 37 ff.

4) Vgl. Vogel 37 ff.

5) Zum Ehebruchshindernis in diesem Recht siehe etwa Schreiber 23 ff.

6) Vgl. Bergmanns einleitende Bemerkungen zum Familienrecht des Iran (Iran III A, S.4)

ob es zeitlich begrenzt oder unbegrenzt, absolut oder relativ, aufschiebend oder trennend wirkt: Es findet seine Entsprechung an einem bestimmten Punkt der historischen Entwicklung. So gesehen, ist es nicht verwunderlich, daß der Strafcharakter solcher Ausgestaltungen des Hindernisses wie der des schweizerischen Rechts, verhältnismäßig offen zu Tage liegt[1]; als befristet, absolut und aufschiebend ist dieses Hindernis in einer Phase der historischen Entwicklung verwurzelt, in der die Ausgliederung des Ehebruchsverbotes aus dem formellen Strafrecht noch nicht vollständig vollzogen ist. Seine primäre Zugehörigkeit zum Strafrecht in dem für unsere Frage entscheidenden materiellen Sinne ist deshalb aber nicht eindeutiger als die Zugehörigkeit der am Ende der genannten Entwicklung stehenden Ausgestaltung, wie sie sich etwa im deutschen Recht findet.

---

1) Vgl. oben S. 24

Dritter Teil

Ergebnis und Seitenblicke

In diesem Teil sollen die praktischen Folgen des Ergebnisses gezeigt werden; außerdem soll auf einige Fragen ein Blick geworfen werden, die bei einem Durchdenken des Strafcharakters des Ehebruchshindernisses am Wege liegen.

I. Die Konsequenzen der strafrechtlich bedingten Abweisung ausländischer Ehebruchshindernisse

Nach den vorangehenden Ausführungen lautet das Ergebnis dieser Untersuchung, daß die gegenwärtig geltenden Ehehindernisse des Ehebruchs wegen ihres überwiegenden Strafcharakters mit Rücksicht auf die Unanwendbarkeit fremden Strafrechts im Inland keine Beachtung finden dürfen. Zwei Konsequenzen dieses Satzes lassen sich unterscheiden.

1. Die Nichtbeachtung ausländischer Ehebruchshindernisse durch den deutschen Standesbeamten

Erstens läßt der deutsche Standesbeamte, wenn er, Art.13 EGBGB folgend, die Ehevoraussetzungen für ausländische Nupturienten ermittelt, fremde Ehebruchshindernisse schlechthin unberücksichtigt. Das gilt auch dann, wenn das ausländische Eheverbot wie seine deutsche Parallele eine Dispensmöglichkeit vorsieht, da diese Tatsache an seinem Strafcharakter nichts ändert.

2. Die Nichtbeachtung ausländischer Ehebruchshindernisse durch den deutschen Richter

Zum zweiten ist an den Fall zu denken, daß der deutsche Richter nach Art.13 EGBGB die Gültigkeit einer Ehe zu beurteilen hat[1], die - etwa im Heimatstaat der Nupturienten - unter Nichtbeachtung des Ehebruchshindernisses[2]

1) Vgl. Kegel bei Soergel Randbem. 74 ff. zu Art.13
2) Etwa aus dem Grunde, weil seine tatsächlichen Voraussetzungen der betreffenden Eheschließungsbehörde nicht bekannt waren.

geschlossen wurde. Kann er die Ehe nach dem Heimatrecht der Eheleute[1] für nichtig erklären?

Die Frage ist zu verneinen: Wenn der inländische Richter auch nur die N i c h t i g k e i t s vorschriften des fremden Rechts unmittelbar anwenden würde, so läge darin doch eine unzulässige Berücksichtigung des fremden Ehebruchshindernisses, auf das die Nichtigkeitsregelung ja notwendig Bezug nimmt. Außerdem wäre es untragbar, eine Ehe für nichtig zu erklären, welche die Eheleute unter den gleichen Voraussetzungen kurz nachher neu bei uns schließen könnten.

3. Die Erweiterung des Geltungsbereichs des deutschen Ehebruchshindernisses gemäß dem Territorialprinzip

Die beiden soeben behandelten Konsequenzen der Qualifikation des Ehebruchshindernisses als strafrechtlich betreffen die Abweisung fremder Normen. Eine weitere Folge dieser Qualifikation aber könnte in einer Ausdehnung des Anwendungsbereiches des eigenen Hindernisses bestehen.

Wie wir gesehen haben, ist das Ehebruchshindernis als Strafrecht in einem materiellen Sinn nicht gemäß Art.13 EGBGB, sondern nach den Regeln unseres internationalen Strafrechts zu behandeln. Das bedeutet jedoch, daß neben den Satz von der Nichtanwendung fremden Strafrechts auch die übrigen Normen des internationalen Strafrechts, die positiv den Geltungsbereich des deutschen Strafrechts bestimmen, Beachtung finden müssen. - Das aus dem Personalprinzip des § 3 StGB gewonnene Ergebnis sagt dem, der gewohnt ist, das Ehebruchshindernis Art.13 EGBGB zu unterstellen, nichts Neues: § 6 EheG kommt immer dann zur Anwendung, wenn wenigstens einer der verlobten Ehebrecher die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt[2].

---

1) Nach der Mehrzahl der Rechte macht ein Verstoß gegen das Ehebruchshindernis die nachfolgende Ehe vernichtbar.

2) Vorausgesetzt ist bei dieser Formulierung, daß das Hindernis des § 6 EheG ein zweiseitiges ist!

Zu einer erweiterten Anwendung des § 6 EheG führt dagegen das Territorialprinzip des § 4 I StGB: Da die durch § 6 EheG bestrafte Handlung der Ehebruch ist, gilt das Eheverbot auch gegenüber Ausländern, sofern nur der zu bestrafende Ehebruch im Inland begangen wurde. - Nehmen wir an, die Ehe eines in Frankfurt wohnhaften Franzosen und einer Deutschen ist wegen eines dort begangenen Ehebruchs des Mannes mit einer Belgierin von einem deutschen Gericht geschieden. Wollen sich die Ehebrecher vor einem deutschen Standesbeamten heiraten, so müßte dieser § 6 EheG anwenden und die Eheschließung verweigern.

Dieses Ergebnis mag denjenigen zunächst befremden, in dessen Vorstellung das Ehebruchshindernis immer nur in einer Reihe mit den übrigen Ehehindernissen seinen Platz hatte. Wenn man jedoch den Strafcharakter dieses Hindernisses zu Ende denkt, erscheint die Entscheidung des Falles nicht nur konsequent, sondern auch nicht unbillig. Natürlich können rechtspolitische Bedenken geltend gemacht werden: gegen eine Bestrafung des Ehebruchs überhaupt, gegen seine Bestrafung mit dem Mittel eines Ehehindernisses insbesondere. Diese Bedenken jedoch dürfen in unser Billigkeitsurteil über den obigen Fall gerade n i c h t eingehen. Denn sie sind in einer Art allgemein, die keinen Bezug hat auf solche Elemente, die gerade für die obige aus dem Territorialprinzip folgende Problemstellung als charakteristisch anzusprechen wären; außerdem hat der Gesetzgeber eindeutig gegen sie entschieden. Andere Bedenken aber, welche die hier vertretene konsequente Lösung als ungerecht erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich. Wenn schon der deutsche Strafgesetzgeber den Ehebruch verbietet und ein Verbot der Ehe zwischen den Ehebrechern als geeignete strafrechtliche Sanktion ansieht, so besteht kein Grund, bei einem in seinem Hoheitsgebiet begangenen Ehebruch auf diese Sanktion nur deshalb zu verzichten, weil die Beteiligten ausländische Staatsangehörige sind.

Selbst dann, wenn - anders als in dem obigen Beispielsfall - der durch den Ehebruch Verletzte Ausländer ist und die Ehe durch ein ausländisches Urteil geschieden wurde[1], ist daher § 6 EheG auf ausländische Nupturienten anzuwenden, sofern nur der als Grund der Scheidung in dem Scheidungsurteil festgestellte Ehebruch im Inland begangen wurde[2]. Was die in § 6 II EheG vorgesehene Befreiung angeht, so wird man bei Ausländern entsprechend den §§ 44 b I 4; 44 a I 2, 3 FGG, die den Fall regeln, daß keiner der Verlobten seinen "gewöhnlichen Aufenthalt" im Inland hat, das AG Schöneberg in Berlin-Schöneberg für zuständig halten müssen.

II. Die Abweisung fremder Ehebruchshindernisse als Strafrecht im anglo-amerikanischen Recht

Die vorliegende Untersuchung geht, wie oben angedeutet[3], auf eine Anregung A r n d t s zurück. Dieser wiederum nimmt Bezug auf Ausführungen Martin W o l f f s [4]. - Nun sahen wir[5], daß W o l f f unsere Fragestellung in der 1933 erschienenen 1. Auflage seines Buches "Internationales Privatrecht" noch gänzlich unerwähnt läßt, sie vielmehr erst von der 1949 erschienenen 2. Auflage an behandelt. Bemerkenswert ist diese Tatsache insofern, als W o l f f in der Zeit zwischen dem Erscheinen der beiden Auflagen nach England übersiedelt und als Frucht seiner Beschäftigung mit dem dortigen IPR sein "Private International Law" schreibt, dessen 1. Auflage 1945 erscheint. In dieser Darstellung des englischen IPR widmet W o l f f dem Ausschluß des fremden "penal law" einen eigenen Abschnitt, in dem es u.a. heißt: "Where there is a criminal offence such as adultery, the punishment may consist in a prohibition of marriage after a

1) Dazu, daß auch ein ausländisches Scheidungsurteil § 6 EheG Genüge tut, vgl. oben S.3 Anm. 1
2) Der Begehungsort wird sich in der Regel ohne weiteres aus dem Scheidungsurteil entnehmen lassen.
3) Siehe S. 7
4) Vgl. Arndt bei Erman Bem.6 a zu Art.30
5) Oben S. 29 f.

divorce: thus Swiss law forbids the guilty party to remarry during a certain period, and the law of Cape Colony prohibited his or her remarriage for so long as the injured party remained unmarried. Neither of these rules is regarded as applicable abroad."[1] Und an anderer Stelle sagt W o l f f von fremden "provisions forbidding an adulterous spouse to marry his partner in adultery after the divorce", sie seien penal und daher im Inland nicht anwendbar[2].

Der Schluß liegt somit nicht fern, daß unsere Frage ihre Behandlung im deutschen Recht nicht zuletzt einer aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammenden Anregung verdankt. Schon aus diesem genetischen Grunde lohnt es sich, dem Institut der strafrechtlich begründeten Nichtbeachtung fremder Ehebruchshindernisse im anglo-amerikanischen Recht einmal nachzugehen. Daneben ist eine solche Untersuchung insofern nicht ohne Bedeutung, als sie das für das deutsche Recht gefundene Ergebnis unterstützen mag. Wird es doch in der Gegenwart immer mehr als legitim erkannt, die Lösung bestimmter Rechtsfragen in fremden Rechtsordnungen für die Auslegung inländischer Normen heranzuziehen, ein Verfahren, das sich mehr als sonst für internationalprivatrechtliche Probleme eignet[3].

Die relative Bedeutungslosigkeit systematischer Deduktionen im angelsächsischen Rechtsdenken rechtfertigt es, den Satz von der Nichtanwendung des fremden penal law in seiner allgemeinen Form in unserem Zusammenhang zu übergehen[4]. Es sei nur soviel gesagt, daß "penal law" als "private law of punitive nature" angesehen wird, das wie eigentliches "criminal law" behandelt zu werden verdient[5]. Mit anderen

1) Wolff, Private International Law 172
2) Wolff, Private International Law 339
3) Vgl. den Aufsatz Zweigerts, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode: RabelsZ 15,5 ff.
4) Wie schwer es ist, diesen Satz mit dem Ziel allgemeiner Kriterien zu analysieren, geht aus den folgenden Versuchen einer systematischen Behandlung hervor: Mann, Michael, Transactions of the Grotius Society 42,133 ff.; Cheshire 138 ff.; Leflar Harvard Law Review 46,193 ff.; Heiz 73 f. und 140 ff.
5) Nußbaum, Principles 125 f.

Worten, es ist Zivilrecht, das "a punishment of an offense against the public" bezweckt[1]. - Wir wollen uns nun jener Konkretisierung des genannten Satzes zuwenden, die zur Abweisung fremder Ehebruchshindernisse führt[2].

In Commonwealth v. Lane[3] heißt es von dem Verbot, das dem wegen Ehebruchs schuldig Geschiedenen untersagt, vor dem Tode seines früheren Ehegatten wieder zu heiraten: "It is rather in the nature of the imposition of a penalty, to which it would be difficult to give any extra-territorial operation".

In Van Voorhis v. Brintnall[4] lesen wir zum Ehehindernis des Ehebruchs für die Lebenszeit des betrogenen Gatten: "It is obvious that this ... condition is in the nature of a penalty. It forms no part on the relief sought by the injured party, has no tendency toward compensation, nor is it imposed to that end. It is restraint or punishment. The fact of adultery is in the language of the statute an 'offense', the person committing it 'a guilty person'; and when established by judgment he is said to be 'convicted'."

In Moore v. Hegeman[5] entscheidet das Gericht: "The statute and decree prohibiting the marriage of the inculpated party during the life-time of the successful party thereto is not a qualification or limitation upon the divorce, but is in the nature of a distinct penalty or prohibition... The statute and decree prohibiting the marriage of the guilty party can have no effect beyond the territorial limits of this State."

---

1) Ehrenzweig 204 f.

2) Vgl. hierzu aus der Rechtslehre Rabel I 305, Cheshire 405 f., Dicey-Morris 262 f., Ehrenzweig 265

3) 18 Am.Rep. 509 ff.(521), Massachusetts 1873

4) 86 N.Y. 18 ff.(28 f.), 1881. Dieser Entscheidung schliessen sich an Thorp v. Thorp, 90 N.Y. 602 ff., 1882 sowie Dimpfel v. Wilson, 68 A. 561 ff., Maryland 1908

5) 92 N.Y. 521 ff.(523 f.), 1883

In W a r t e r v. W a r t e r [1] heißt es, das Verbot der Wiederverheiratung des wegen Ehebruchs schuldig Geschiedenen nach dem Recht von Cape Colony sei "penal in its character, and as such ... inoperative out of the jurisdiction under which it was inflicted."

In B o u r a v. H a s k e l l [2] ist von dem Ehebruchshindernis gesagt: "It is the settled law of this state that the provisions ..., restricting the remarriage of the guilty party in a divorce action, are penal in character; they have no extra-territorial effect."

Im Tentative Draft des S e c o n d R e s t a t e m e n t of the Law of Conflict of Laws[3] lautet § 130:

> "Remarriage after one party to divorce forbidden to remarry.
>
> If a divorce decree forbids one of the parties to marry again for a certain time or during the life of his former spouse and the party goes to another state and within the prohibited time marries there in accordance with the requirements of that state, the marriage is valid everywhere, even in the state in which the divorce was granted, except as stated in § 132.
>
> Comment: a. The rule of this Section does not depend solely upon the general policy in favor of upholding the validity of marriages. There is the additional consideration that a prohibition directed against one party alone is in the nature of a penalty and, for this reason, may be denied extraterritorial effect."

---

1) 15 P.D. 152 ff.(155), 1890. Das Ergebnis findet sich, allerdings ohne eine entsprechende ausdrückliche Begründung, schon in Scott v. Attorney General, 11 P.D. 128 ff., 1886

2) 43 N.Y. Suppl. 2d 877 ff. (879), 1943

3) Herausgegeben vom American Law Institute, 1957

III. Das Ehebruchshindernis und das Haager Eheschließungsabkommen

Die Ausführungen über die praktischen Konsequenzen der strafrechtlichen Qualifizierung des Ehebruchshindernisses blieben unvollständig ohne einen Blick auf das Haager Eheschließungsabkommen; erfährt doch das deutsche Kollisionsrecht durch dieses Abkommen im Verhältnis zu der Schweiz, Italien, Luxemburg sowie den Niederlanden[1] eine nicht unbeachtliche Einschränkung.

Art.1 des Abkommens enthält den Grundsatz, daß sich für jeden Verlobten die Voraussetzungen der Eheschließung nach seinem Heimatrecht bestimmen. Insoweit liegt zwar keine Abweichung von Art.13 EGBGB vor. Der Sinn des Abkommens ist indessen u.a. darin zu sehen, daß eine Berufung auf die Vorbehaltsklausel mit dem Ziel der Durchbrechung des Grundsatzes von Art.1 ausgeschlossen ist. Lediglich die in den Art.2 und 3 bezeichneten speziellen Vorbehalte können geltend gemacht werden. Entsprechend wird man auch den Satz von der Nichtanwendung fremden Strafrechts sowie das im Strafrecht gültige Territorialprinzip hinter Art.1 zurücktreten lassen müssen. So geht aus Art.2 I Nr.2 ausdrücklich hervor, daß nach der Vorstellung der Vertragspartner das Ehebruchshindernis von Art.1 erfaßt sein soll. Das bedeutet also, daß wir einerseits die Ehebruchshindernisse der Schweiz, Luxemburgs und der Niederlande[2] zu berücksichtigen haben sowie andererseits das Hindernis des § 6 EheG gegenüber Angehörigen dieser Staaten nicht anwenden dürfen. Etwas anderes könnte sich nur aus den Art.2 und 3 ergeben.

Art.2 zunächst bestimmt, in welchen Fällen die lex loci abweichend von Art.1 prohibitiv einzugreifen vermag, d.h. für unser Problem, ob wir Ausländern der genannten Staaten unter Berufung auf unser Ehebruchshindernis die

---

1) So jedenfalls nach der herrschenden Suspensionstheorie; vgl. Marquordt bei Erman Bem.1 a des Anhangs zu Art.13 und Vorbem.7 vor Art.7

2) Das italienische Recht kennt ein solches Hindernis nicht.

Eheschließung versagen können. Nach Art.2 I Nr.2 wären wir hierzu berechtigt, wenn nach deutschem Recht ein a b s o l u t e s Eheverbot zwischen den Ehebrechern bestünde. "Absolut" ist hier nicht in dem in dieser Arbeit verwandten Sinn gemeint[1], sondern bedeutet indispensabel[2]. Da § 6 II EheG gerade die Möglichkeit einer Befreiung vorsieht, scheidet dieser Vorbehalt also für uns aus. - Nach Art.2 III aber dürfen auch solche inländischen Ehehindernisse Ausländern gegenüber angewandt werden, die r e l i g i ö s e r N a t u r s i n d . Kann das Eheverbot des Ehebruchs zu den Hindernissen dieser Art gezählt werden?[3]

Art.2 selbst liegt offenbar eine negative Antwort auf diese Frage zugrunde; sonst wäre die ausdrückliche Erwähnung des Ehebruchshindernisses n e b e n möglichen Hindernissen religiöser Natur in diesem Artikel nicht zu verstehen. Aber auch eine Betrachtung von Sinn und Entstehungsgeschichte der Vorschrift zeigt, daß das Ehebruchsverbot nicht zu den Hindernissen "religiöser Natur" zu zählen ist: Die Ausnahmestellung dieser Hindernisse beruht auf einem österreichischen Antrag, der einen Vorbehalt für die Hindernisse der religiösen Gelübde (bei Geistlichen und Ordenspersonen) und der Religionsverschiedenheit forderte. Die endgültige Fassung der Bestimmung hatte nicht den Sinn, diesen Vorbehalt gegenüber dem Antrag materiell zu erweitern, sie ist lediglich als Vereinfachung des sprachlichen Ausdrucks gewählt worden[4]. Ob der Vorbehalt der religiösen Hindernisse daher in keinem Falle über die von Österreich beantragten Fälle hinaus eingreifen kann[5], oder ob eine solche grundsätzliche Beschränkung unangebracht ist[6], mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird man einer restriktiven Auslegung des Vorbehalts das Wort reden müssen[7].

1) Siehe oben S.68
2) Kahn II 93; Meili-Mamelock 101
3) Diese Möglichkeit deutet Arndt (bei Erman Bem.6 a zu Art. 30) an.
4) So Kahn II 97
5) So Meili-Mamelock 106
6) So Frankenstein (III 114 Fußnote 204), der allerdings de facto in seiner Auslegung auch nicht über den österreichischen Vorschlag hinausgeht.
7) Insoweit stimmen Kahn (II 98), Meili-Mamelock (106) und Frankenstein (III 114) überein. Besonders Kahn, der eine Interpretation "in allerstriktestem Sinne" verlangt,

Nicht anders als nach der ausdrücklichen Fassung des Art.3 können nur Ehehindernisse in Betracht kommen, die a u s s c h l i e ß l i c h auf Gründen religiöser Natur beruhen[1]. Sie müssen "nicht nur ihrem Ursprung, sondern ihrem Inhalt nach (!) in unmittelbarem Zusammenhange mit dem religiösen Bekenntnisse stehen; der religiöse Charakter muß ihnen schon äußerlich anhaften, schon auf der Stirn geschrieben sein."[2]

Nun ist das Ehebruchshindernis schon seinem Ursprung nach nicht ausschließlich religiös bedingt[3]; ganz gewiß aber kann man ihm in seiner heutigen Gestalt einen spezifisch religiösen Bezug nicht ansehen. Wie wenig dieses Verbot in den engen Rahmen der "religiösen Hindernisse" paßt, wird besonders deutlich, wenn man bedenkt, daß selbst das aus dem allgemeinen Scheidungsverbot in katholischen Staaten folgende Eheverbot (das sogenannte "Eheverbot des Katholizismus") sowie das Hindernis der cognatio spiritualis (!) in der Literatur stellweise nicht zu den religiösen Ehehindernissen im Sinne des Abkommens gezählt werden[4].

Art.3 schließlich bestimmt, in welchen Fällen die lex loci abweichend von Art.1 permissiv eingreifen kann, d.h. für unser Problem , ob wir fremde Ehebruchshindernisse der genannten Staaten unberücksichtigt lassen dürfen. Da Art.3 jedoch nur Hindernisse religiöser Natur erfaßt, läßt sich aus den oben ausgeführten Gründen ein Vorbehalt gegenüber fremden Ehebruchshindernissen daraus nicht ableiten.

Nach alledem muß das Ehebruchshindernis im Verhältnis zu der Schweiz, Italien, Luxemburg und den Niederlanden nach dem in Art.1 des Haager Eheschließungsabkommens für maßgeblich erklärten Personalstatut behandelt werden. Die aus dem Strafcharakter des Hindernisses gefolgerten Konsequenzen gelten insoweit nicht.

---

warnt eindringlich vor den Gefahren, welche die im Abkommen gewählte Fassung birgt (a.a.O.).

1) So auch Meili-Mamelock 109
2) Kahn II 98 f.
3) Vgl. S. 91 ff.
4) Vgl. etwa Kahn II 114 f. und Frankenstein III 114,119

IV. Zum Problem der Zweiseitigkeit des Ehebruchshindernisses

Hat die Erkenntnis des Strafcharakters des Ehebruchshindernisses irgendwelche Konsequenzen für die Frage, ob es sich bei diesem Hindernis um ein ein- oder zweiseitiges handelt?

Zunächst ist zu sagen, daß wir einer Entscheidung dieser Frage bei ausländischen Ehebruchshindernissen[1] grundsätzlich enthoben sind, da wir ja solche Hindernisse nicht berücksichtigen wollen[2]. - Wie steht es aber mit dem in § 6 EheG enthaltenen Verbot? Gilt es auch dann, wenn etwa ein englischer Ehemann mit einer unverheirateten Deutschen seine Ehe bricht und die beiden später heiraten wollen?

Es sollen hier nicht alle Gründe für und gegen die Zweiseitigkeit des Hindernisses erneut angeführt und erwogen werden;sie sind vor etwa drei bis vier Jahrzehnten in der Literatur erschöpfend behandelt worden[3]. Seitdem hat sich die heute einhellig vertretene Meinung zu Gunsten der Zweiseitigkeit herausgebildet. - Nötigt die Erkenntnis des Strafcharakters des Verbotes zu einer Revision dieser Meinung?

Folgende Argumentation könnte dazu geneigt machen, diese Frage zu bejahen: Eine Scheidung wegen Ehebruchs erfordert kein Verschulden des an dem Ehebruch Beteiligten[4]. Dementsprechend ist auch das Ehebruchshindernis unabhängig von dem Verschulden des Beteiligten[5]. Seine Zweiseitigkeit vorausgesetzt, greift es in dem obigen Beispiel also auch

---

1) Gerade bei diesen, sofern sie keine Befreiung vorsehen, hat das Problem in der Vergangenheit eine erhebliche praktische Bedeutung gehabt. Vgl. etwa LG Aachen: IPRspr. 1932 Nr.67

2) Sofern uns nicht, wie oben gezeigt, das Haager Eheschließungsabkommen dazu zwingt.

3) Siehe etwa Vogel 176 ff.; Raape bei Staudinger Bem. A II 3 b zu Art.13. Ältere Literatur findet sich etwa bei David StAZ 1925,81 f. und Bergmann StAZ 1925,103 f.

4) Vgl. § 42 EheG

5) So ausdrücklich RGZ 49,84 f.

dann ein, wenn etwa der Ehebruch der Nupturienten in einer Vergewaltigung bestand. Das aber führt, gibt man den Strafcharakter des Verbotes zu, zu einer Bestrafung ohne Schuld. In unserem Beispiel wird die unverheiratete Deutsche damit, daß sie ihren Verlobten nicht heiraten kann, bestraft für einen Ehebruch, den sie schuldlos begangen hat. Dieses Ergebnis wäre vermieden, wenn man das Ehebruchshindernis des § 6 EheG als einseitig behandeln müßte, d.h. wenn es (gemäß dem Personalprinzip) nur dann anzuwenden wäre, wenn es in der Person dessen vorliegt, der dem deutschen Recht untersteht, wenn also der d e u t s c h e Nupturient wegen des betreffenden Ehebruchs geschieden ist.

Wenn man auch diesem Argument eine gewisse Überzeugungskraft nicht absprechen kann, so erscheint es mir doch nicht stark genug, die wohlbegründete Theorie von der Zweiseitigkeit des Hindernisses umzustürzen.

Zunächst wird man annehmen dürfen, daß diejenigen Fälle, in denen die Zweiseitigkeit des Verbotes zu einer Bestrafung ohne Verschulden führt, in der Praxis recht selten sind[1]. Man könnte nun daran denken, das Dilemma dadurch zu lösen, daß man gerade in diesen Fällen eine Ausnahme von der Zweiseitigkeit des Hindernisses zuläßt. Dieser Lösungsvorschlag muß jedoch als unpraktikabel ausscheiden, da er dem Standesbeamten die Prüfung und Entscheidung der Frage nach der Schuld des Beteiligten - auf die ja das Scheidungsurteil nicht eingeht - aufbürdet. Man wird vielmehr in den wenigen Fällen dieser Art ohne Schwierigkeit durch die in § 6 II EheG vorgesehene Befreiung Abhilfe schaffen können.

Ausschlaggebend aber scheint mir folgende Überlegung zu sein: Das Ehebruchshindernis des § 6 EheG kann in vier Gruppen von Fällen zur Bestrafung eines unschuldigen Beteiligten führen: Einmal, wenn beide Nupturienten Deutsche

---

1) Außer dem oben angeführten Musterbeispiel ist noch der Fall möglich, daß der am Ehebruch Beteiligte sich zwar freiwillig zum Geschlechtsverkehr bereitfindet, daß er aber von dem Eheband seines Komplizen keine Kenntnis hat.

sind; zweitens, wenn beide Nupturienten Ausländer sind[1]; drittens, wenn allein der wegen des betreffenden Ehebruchs Geschiedene Deutscher ist; und viertens, wenn allein der wegen des betreffenden Ehebruchs Geschiedene Ausländer ist[2]. In allen diesen Fällen ist es denkbar, daß der am Ehebruch Beteiligte, sei er selbst zum Zeitpunkt desselben verheiratet gewesen oder nicht, ohne Schuld ist. Nun lassen sich dadurch, daß man das Ehehindernis als einseitig ansieht, aber überhaupt nur die zur vierten Gruppe gehörigen Fälle "heilen". Was die zweite Gruppen angeht, so ist die Frage der Zweiseitigkeit von vornherein irrelevant, da hier das Territorialprinzip über die Anwendung von § 6 EheG entscheidet. Aber auch in den Fällen der ersten und dritten Gruppe kommt § 6 EheG zur Anwendung, ohne daß es dabei auf die Ein- oder Zweiseitigkeit des Verbotes ankäme. - Greift das Verbot aber ein, so werden unvermeidlich beide Nupturienten gleichermaßen von ihm betroffen und somit bestraft: Das an den einen Verlobten gerichtete Verbot zieht insoweit die Bestrafung auch des anderen notwendig nach sich. Nach alledem ist man also bei jenen Fällen der genannten drei Gruppen (die erste Gruppe wird weitaus die größte sein), in denen der am Ehebruch Beteiligte ohne Schuld ist, allein auf die vorgesehene Befreiungsmöglichkeit angewiesen, um eine Bestrafung Unschuldiger zu vermeiden. Unter diesen Umständen ist es nicht einzusehen, daß dasselbe "Heilmittel" der Befreiung nicht auch in den Fällen der vierten Gruppe ausreichend sein sollte.

Aus der Erkenntnis des Strafcharakters des Ehebruchshindernisses lassen sich also keine unabweisbaren Konsequenzen für das Problem seiner Zweiseitigkeit ableiten.

---

1) Vgl. oben S.104 ff.

2) Die beiden letzten Gruppen überschneiden sich, nämlich dann, wenn beide Nupturienten wegen des betreffenden Ehebruchs geschieden sind. In diesen Fällen kommt allerdings die Bestrafung eines Unschuldigen nicht in Betracht.

V. Zur rechtspolitischen Berechtigung des Ehebruchshindernisses

Die rechtspolitische Frage nach der Berechtigung des Ehebruchshindernisses ist in der Vergangenheit viel diskutiert worden und auch heute noch nicht zur Ruhe gekommen[1]. Wohl mit Recht ist es immer ein Hauptargument der Gegner des Hindernisses gewesen, daß hier strafrechtliche Ziele mit Mitteln des Zivilrechts verfolgt werden, was modernen Rechtsanschauungen offenbar zuwiderläuft.

In diese rechtspolitische Diskussion einzugreifen, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten. Es soll abschließend nur noch auf eine mit dem Strafcharakter des Verbotes verwandte Frage hingewiesen werden, die dem geltenden Recht angehört, aber auch einen weiteren rechtspolitischen Aspekt des Verbotes aufzeigt. Gemeint ist die Frage, ob § 6 EheG mit der Verfassung im Einklang steht.

Das Eheverbot des § 6 EheG könnte gegen Art.6 I GG verstoßen. Voraussetzung hierfür ist zunächst, daß man aus Art.6 I GG ein subjektives Recht des Einzelnen ableitet, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen[2]. Voraussetzung ist ferner, daß sich dieses Recht nicht darauf beschränkt, eine Ehe überhaupt einzugehen, sondern die Befugnis umfaßt, einen bestimmten, selbst gewählten Verlobten zu heiraten[3]. Erkennt man ein solches Grundrecht an, so wird man folgern müssen, daß der Staat es "nur aus ganz grundlegenden, im Wesen der Ehe oder Familie selbst liegenden Gründen (etwa wegen naher Blutsverwandtschaft) beschränken ... darf".[4] Wenn es nun richtig ist, daß der Hauptzweck des Ehebruchshindernisses in einer Bestrafung des

---

1) Vgl. insbesondere Vogel 188 ff. sowie die oben (S.82 ff.) zitierten Literaturstimmen.

2) So BAGE 4,279; Maunz FamRZ 1956,1; Bachof RamRZ 1958, 344; anders v.Mangoldt-Klein, Bem.III 3 zu Art.6. Weitere Literaturnachweise bei Lüke NJW 1962,2177 Anm.4

3) So ausdrücklich Lüke NJW 1962,2178

4) So Maunz FamRZ 1956,1

Ehebruchs liegt, so beruht es damit auf Gründen, die gerade nicht im Wesen der (durch das Verbot zu verhindernden) Ehe selbst liegen[1]. § 6 EheG würde damit gegen Art.6 I GG verstoßen[2]. - Selbst wenn man dieser Argumentation im Ergebnis nicht folgt, so dürften immerhin die nicht unbegründeten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Ehebruchshindernisses[3] die rechtspolitischen Bedenken, denen es unterliegt, verstärken.

---

1) So auch Arndt bei Erman Bem.6 a zu Art.30

2) So in der Tat Lüke NJW 1962,2180 f. und Ramm JZ 1963,49. A.A. jedoch Katholnigg FamRZ 1964,124 f.
Auch in der Rechtsprechung ist diese Möglichkeit neuerdings in Betracht gezogen worden, vgl. LG Tübingen Vorgänge 1964,65 f. = FamRZ 1963,565 f.

3) Auch ein Verstoß gegen Art.2 I GG wäre zu erwägen; vgl. Stree (155), der in einer Bewährungsauflage gemäß § 24 StGB, eine bestimmte Person nicht zu heiraten, eine Mißachtung der menschlichen Persönlichkeit im Sinne von Art.2 I GG sieht.
Schließlich ist Art.12 der europäischen Menschenrechtskonvention, deren Geltungsrang im innerstaatlichen Recht freilich umstritten ist (siehe Klein, Festschrift für Rudolf Laun 149 ff.), in diesem Zusammenhang von Bedeutung.

L e b e n s l a u f

Am 15. März 1937 wurde ich als Sohn des Ende 1945 verstorbenen Regierungsrats Ferdinand Hoerster und seiner Ehefrau Maria, geb. Sunder-Plaßmann, in Lingen geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach Besuch der Volksschule in Coesfeld und altsprachlicher Gymnasien in Coesfeld, Münster und Büren legte ich am Mauritiusgymnasium des letztgenannten Ortes am 2. März 1956 die Reifeprüfung ab.

In der Folgezeit studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten in Innsbruck (Sommersemester 1956), Münster (Wintersemester 1956/57), Kiel (Sommersemester 1957 und Wintersemester 1957/58) und Münster (Sommersemester 1958 bis Sommersemester 1959). Am 25. Juni 1960 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Nach Abschluß meines juristischen Studiums nahm ich das Studium der Philosophie auf. Ich studierte an der Universität in Münster (Wintersemester 1960/61), an der University of Michigan in Ann Arbor, Mich. (akademische Jahre 1961/62 und 1962/63) und an der Universität in Münster (Wintersemester 1963/64 und Sommersemester 1964). Am 8. Juni 1963 erlangte ich an der University of Michigan den Grad des Master of Arts.

Seit Ostern 1964 bin ich Mitglied der Studienstiftung des deutschen Volkes. Im akademischen Jahr 1964/65 werde ich mein Philosophiestudium an einer französischen Hochschule fortsetzen.